PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME TRENTIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

1878

TITRE XIX.

(TITRE XVIII DU CODE CIVIL.)

DES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES (suite).

CHAPITRE II.

DES PRIVILÉGES (suite).

SECTION IV. — Des priviléges sur les immeubles.

1. La loi contient deux sections sur les priviléges immobiliers; dans la première (section III du chapitre II), elle énumère les priviléges et détermine les conditions requises pour leur existence; dans la seconde (section IV du chapitre II), elle dit comment se conservent les priviléges. Il suit de là qu'on doit faire, en matière de priviléges immobiliers, une distinction que l'on ne fait pas pour les priviléges mobiliers; la loi ne soumet pas les priviléges mobiliers à la formalité d'une inscription, en ce sens ils ne doivent pas être conservés; la loi les établit sous les conditions qu'elle détermine, et dès qu'ils existent, ils sont efficaces et ils produisent les effets qui y sont attachés. Il n'en est pas de même des priviléges immobiliers. La loi exige aussi certaines conditions pour leur existence, mais il ne suffit pas que ces conditions soient remplies pour que les priviléges immobiliers puissent être exercés, il faut de plus qu'ils soient conservés, c'est-à-dire rendus publics. Sans la publicité, les priviléges immobiliers restent inefficaces. Par contre, la publicité ne se conçoit que lorsque le privilége réunit les conditions prescrites pour son exis-

tence; on ne peut pas conserver un droit qui n'existe point. Ainsi le créancier qui réclame un privilége sur un immeuble doit prouver d'abord que les conditions exigées par la loi pour son existence ont été accomplies; puis il doit prouver que le privilége a été conservé par l'inscription ou la transcription.

ARTICLE 1er. Des priviléges sur les immeubles et des conditions requises pour leur existence.

§ Ier. *Privilége du vendeur.*

2. Le vendeur d'un immeuble a des droits analogues à ceux du vendeur d'une chose mobilière. Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente. Il peut aussi en poursuivre l'exécution en exigeant le prix, et pour la garantie du payement, la loi lui accorde un privilége. La raison du privilége est la même pour les ventes immobilières que pour les ventes mobilières; le vendeur enrichit le patrimoine du débiteur commun par la vente, il serait injuste que les autres créanciers eussent un gage sur la chose sans être tenus d'en payer le prix. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les priviléges mobiliers (t. XXIX, nº 472).

Si les droits du vendeur d'un immeuble sont les mêmes que les droits du vendeur d'un meuble, la différence est grande en ce qui concerne l'étendue de ces droits. Les meubles n'ont point de suite; le privilége du vendeur d'une chose mobilière s'évanouit dès que le débiteur cesse de posséder la chose achetée ; le vendeur ne peut pas non plus exercer le droit de résolution contre les tiers. Il en est tout autrement des priviléges immobiliers; ils donnent le droit de suite, parce qu'ils impliquent une hypothèque. Les priviléges sur les immeubles sont des hypothèques privilégiées; voilà pourquoi, comme nous le dirons plus loin, le créancier privilégié conserve une hypothèque, quand il est déchu du privilége, dans les cas prévus par la loi. Si le vendeur, au lieu d'exercer son privilége, demande la résolution de la vente, son action réagit aussi contre les tiers : on applique, dans ce cas, le principe que la résolution des

droits du propriétaire entraîne la résolution de tous les droits par lui concédés. L'effet que la résolution et le privilége produisent contre les tiers a donné lieu à une grave difficulté : le vendeur conserve-t-il le droit de résolution lorsqu'il a perdu son privilége? Le code civil décidait la question au profit du vendeur, mais au grand préjudice des tiers, et l'intérêt des tiers se confond avec l'intérêt général. La loi belge a dérogé, en ce point, au code Napoléon; elle a sauvegardé l'intérêt des tiers sans sacrifier les droits du vendeur.

Il y a encore une différence entre la vente des immeubles et celle des meubles, en ce qui concerne les droits du créancier. Le vendeur d'une chose mobilière a le droit de revendication; le vendeur d'un immeuble ne l'a point. Ce que nous venons de dire explique cette différence. Celui qui vend un meuble perd son privilége et son droit de résolution, quand l'acheteur revend la chose; la loi a donc dû lui donner le droit de saisir la chose vendue, pour empêcher l'acheteur de la revendre. Celui qui vend un immeuble ne court aucun danger quand l'acheteur revend, car il a le droit de suite pour son privilége, et la résolution, s'il la demande, réagit contre les tiers.

Nous traiterons d'abord des priviléges et de leur conservation. Puis nous expliquerons le système de la loi belge concernant le droit de résolution dans ses rapports avec le privilége. Cette question n'intéresse pas seulement le vendeur, elle se présente pour tous les créanciers privilégiés qui jouissent d'un droit de résolution ou de révocation : tels sont le copermutant et le donateur.

Nº 1. PREMIÈRE CONDITION REQUISE POUR LE PRIVILÉGE DU VENDEUR.

3. L'article 27 porte : « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont : 1° le vendeur sur l'immeuble vendu, pour le payement du prix. » On voit que la loi, de même que le code civil, énumère les *créanciers* qui jouissent d'un privilége, tandis qu'en parlant des priviléges mobiliers, la loi énumère les *créances* auxquelles elle accorde une préférence sur les créances chirographaires. Cette dernière

rédaction (art. 19 et 20) est plus correcte, car le privilége est accordé non aux créanciers, mais à la créance. Ce n'est pas le vendeur qui est privilégié, c'est le prix de vente; pour qu'il y ait privilége, il faut donc, et cela va sans dire, qu'il y ait vente. Quand y a-t-il vente? Sur ce point, nous renvoyons au titre qui est le siége de la matière. L'acquéreur à pacte de rachat, quand le rachat est exercé, ne jouit pas du privilége, car il ne se fait pas de revente lorsque le vendeur use du pacte de rachat; c'est la première vente qui est résolue; ce que l'acheteur a payé lui est restitué; mais cette restitution n'est pas le prix de la chose que l'acquéreur reçoit; par suite de la résolution, la vente est considérée comme n'ayant jamais existé; le vendeur a donc reçu le prix sans cause; voilà pourquoi il doit le restituer (1). La loi donne à l'acheteur une garantie, le droit de rétention (art. 1673); mais ce droit n'entraîne aucune préférence à l'égard des autres créanciers; dans notre opinion, il ne peut pas le leur opposer, c'est seulement un moyen de forcer le vendeur de remplir ses obligations (2).

La cour de cassation a appliqué ce principe dans une espèce où l'acquéreur avec pacte de rachat avait subrogé le prêteur des deniers qui avaient servi à le rembourser au privilége du vendeur. C'était le subroger à un droit que l'acquéreur n'avait point. La cour de cassation dit très-bien que l'acquéreur à pacte de rachat n'a d'autre droit à la chose que la rétention de la possession, tant qu'il n'est pas remboursé du prix de vente, frais, loyaux coûts et améliorations : il ne peut transmettre à celui qui prête les deniers pour le rachat de l'immeuble qu'il détient plus de droits qu'il n'en a lui-même. Et s'il abandonne la détention, il ne lui reste qu'une créance chirographaire contre le vendeur (3).

4. Le code civil, après avoir donné un privilége au vendeur, ajoute, au n° 2 de l'article 2103 : « Ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble (sont

(1) Duranton, t. XIX, p. 210, n° 157. Aubry et Rau, t. III, p. 169, note 15, § 263, et les auteurs qu'ils citent.
(2) Voyez le t. XXIX de mes *Principes*, n° 323, p. 287.
(3) Rejet, 26 avril 1827 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 480).

privilégiés), pourvu qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi, et, par la quittance du vendeur, que ce payement a été fait des deniers empruntés. » Ce privilége n'est pas mentionné par la loi nouvelle. La disposition du code était inutile; en effet, la subrogation transmet tous les droits du créancier à celui qui est subrogé, que la subrogation soit légale ou conventionnelle (art. 1250); l'article 2103 ne faisait donc que répéter ce qu'avait dit l'article 1250 (1). La subrogation, telle qu'elle était organisée par le code, présentait une lacune que le législateur belge a comblée : le subrogé pouvait exercer les droits du créancier sans remplir aucune formalité de publicité; notre loi hypothécaire veut que la subrogation soit rendue publique. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les dispositions préliminaires (art. 5).

5. La loi n'exige aucune condition de forme pour l'existence du privilége. On peut donc dire que le privilége du vendeur existe par cela seul qu'il y a vente. Mais c'est là un principe de théorie. Il ne suffit pas qu'un privilége existe, il faut aussi qu'il soit conservé. Or, comment se conserve le privilége du vendeur? Régulièrement par la transcription de l'acte de vente (art. 30), et cet acte n'est admis à la transcription que s'il est authentique (art. 2). Donc si le vendeur veut profiter du bénéfice de la loi qui attache la conservation du privilége à la transcription, il doit faire dresser acte de la vente devant notaire, et transcrire cet acte. Il est vrai que le vendeur conserve aussi son privilége par l'inscription, et que l'inscription se fait sur de simples bordereaux, mais la loi veut que le créancier qui requiert l'inscription présente au conservateur une expédition authentique de l'acte qui donne naissance au privilége; ce qui nous ramène à la nécessité d'un acte authentique. C'est seulement dans le cas où le conservateur des hypothèques n'exigerait point l'expédition authentique qui est requise dans son intérêt, que le vendeur pourrait ac-

(1) Martou, t. II, p. 196, n° 547. Cloes, t. I, p. 371, n° 644. Delebecque, p. 137, n° 164.

quérir un privilége sans acte notarié. Mais toutes ces hypothèses sont de pure théorie. Dans la réalité des choses, le privilége se conserve par la transcription, donc il faut un acte authentique.

N° 2. SECONDE CONDITION.

6. Le vendeur a un privilége pour le payement du prix. Il faut donc que le prix reste dû, en tout ou en partie. Tant que le prix n'est pas payé en entier, le privilége subsiste, parce que la cause du privilége existe. Le privilége est indivisible aussi bien que l'hypothèque, puisque le privilége est une hypothèque privilégiée; par conséquent le payement partiel du prix n'empêche pas le privilége de subsister pour le tout (art. 30).

En théorie, le privilége existe par cela seul que le prix n'est pas payé. Faut-il que l'acte de vente constate que le prix reste dû? C'est une question analogue à celle que nous venons de discuter (n° 5). La loi n'exige ni acte, ni mention que le prix n'est pas payé. Cela décide la question en théorie; mais en fait, le privilége du vendeur se conserve par la transcription, et aux termes de l'article 26, la transcription de l'acte de vente ne conserve le privilége que si l'acte constate que la totalité ou partie du prix reste due. Si donc le vendeur veut conserver son privilége par la transcription, il faut qu'il déclare dans l'acte que le prix lui est dû, en tout ou en partie (1).

7. Qu'entend-on par prix? C'est la prestation que le contrat impose à l'acheteur, et qui, d'après la doctrine traditionnelle, doit consister en une somme d'argent, soit en capital, soit en rente. Sur la question de principe, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de la *Vente* (t. XXIV, n°s 68 et 69).

Il a été jugé, par application de ces principes, que la cession de l'usufruit de biens immeubles moyennant une rente viagère donne au vendeur un privilége sur l'usufruit des biens vendus (2). En effet, il y a vente d'un immeuble,

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 198, n° 550.
(2) Grenoble, 16 août 1823 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 417, 1°).

puisque l'usufruit qui grève des immeubles est un droit immobilier; et la loi ne distingue pas entre la toute propriété de l'immeuble et le démembrement de la propriété. La rente viagère, par sa nature, est un prix qui reste dû pendant toute la vie du vendeur; donc les conditions requises pour l'existence du privilége étaient remplies dans l'espèce.

8. Il arrive assez souvent que le prix réel n'est pas indiqué au contrat; les parties dressent, dans ce cas, une contre-lettre qui rétablit la vérité altérée dans l'acte public, dans le but de frauder le fisc. Le vendeur ne peut exercer son privilége que pour le prix porté à l'acte patent. Quand le privilége est conservé par la transcription, la chose est évidente, car la transcription ne conserve le privilége du vendeur que pour la créance qui y est mentionnée. Il en serait de même si le vendeur faisait inscrire son privilége, car il ne peut requérir inscription que pour le prix porté au contrat; or, l'acte public seul a effet à l'égard des tiers, la contre-lettre ne peut pas leur être opposée, elle ne peut donc pas engendrer de privilége (1).

9. Doit-on comprendre dans le prix qui est garanti par un privilége les charges que le contrat impose à l'acheteur? L'affirmative est certaine, car on entend par prix toutes les prestations auxquelles l'acheteur est tenu au profit du vendeur. Lors de la discussion de la loi hypothécaire, un membre de la chambre des représentants avait proposé de déclarer dans la loi que les charges étaient privilégiées; la proposition n'a pas été admise, parce qu'elle était inutile; il suffit que la loi dise que le prix est privilégié; quant au point de savoir ce que l'on doit entendre par prix, et si les charges y sont comprises, cela est du domaine de la doctrine; or, les interprètes n'ont jamais hésité à enseigner que les charges font partie du prix, et la jurisprudence est conforme (2).

10. La seule question sur laquelle il y ait eu quelque dissentiment concerne les droits du tiers au profit duquel

(1) Pont, t. I, p. 180, n° 190.
(2) Nous nous bornons à citer un arrêt de Bruxelles, du 3 juin 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 412).

la charge est établie. Au titre des *Obligations*, nous avons dit en quel sens et sous quelles conditions la stipulation pour un tiers est valable. Nous supposons que le tiers dans l'intérêt duquel le vendeur a imposé une charge à l'acheteur ait accepté l'offre; il a donc un droit contre l'acheteur. A-t-il aussi le privilége attaché au prix? Il y a un léger motif de douter; on peut dire que la charge fait partie du prix, et que, le privilége étant affecté à la créance, celui qui a droit à la créance doit aussi avoir droit au privilége. Il est vrai que c'est la créance du prix qui jouit du privilége, et non le vendeur; mais au moins faut-il que la créance forme un prix pour celui qui l'exerce; or, pour le tiers, la charge n'est pas un prix; il n'a pas vendu, il n'a donc pas droit à un prix de vente; sa créance se forme par une convention accessoire à la vente, mais qui en est distincte; or, là où il n'y a pas de prix, il ne peut être question du privilége du vendeur (1).

Il y a une autre difficulté. Le tiers est créancier du vendeur par l'offre que celui-ci lui a faite et qu'il a acceptée. Comme créancier du vendeur, il peut exercer les droits qui appartiennent à son débiteur, donc aussi le privilége que le vendeur a contre l'acheteur pour le payement de la charge. C'est le droit commun établi par l'article 1166 (2). Est-ce à dire que le droit indirect que le tiers exerce au nom du vendeur contre l'acheteur équivaille au privilége, s'il pouvait l'exercer en son nom personnel? Non, certes; car le bénéfice de l'action que le tiers intente en vertu de l'article 1166 ne lui profite pas exclusivement, il profite à tous les créanciers du vendeur; de sorte qu'en définitive, si le vendeur est insolvable, le tiers viendra par contribution sur les sommes que l'acheteur doit payer au vendeur.

11. Les frais et loyaux coûts du contrat, les droits d'enregistrement et de transcription sont-ils compris dans le prix de vente, et, par suite, le vendeur a-t-il un privilége

(1) Bruxelles, 14 juin 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 292).
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p, 198, n° 549. Comparez la discussion qui a eu lieu à la chambre des représentants, analysée dans Cloes, t. I, p. 385, n° 666.

si c'est lui qui paye ces frais et ces droits? Cette question est très-controversée; les auteurs sont divisés ainsi que les cours. A notre avis, les frais, quels qu'ils soient, ne sont pas privilégiés; ils ne le sont pas, par la raison décisive que la loi n'accorde pas un privilége, de ce chef, au vendeur; or, les priviléges sont de droit étroit, ils n'existent pas sans texte. Cela tranche la difficulté (1).

Il y a bien des objections, et elles sont sérieuses. Les intérêts, dit-on, sont privilégiés, et cependant l'article 2103 (loi hyp., art. 27) n'en parle pas. Nous répondons que les intérêts sont un accessoire de la créance; la loi n'avait pas besoin de les mentionner séparément, puisqu'ils sont compris dans le terme général de prix : c'est une partie accessoire de la prestation stipulée par le vendeur ou établie par la loi. Cela est aussi en harmonie avec les principes. L'acheteur jouit de la chose, le vendeur doit donc jouir du prix. Le vendeur met la jouissance de l'immeuble dans le patrimoine de l'acheteur à condition que, de son côté, il touche les intérêts du prix; il serait injuste que les créanciers profitassent des fruits sans tenir compte des intérêts. En peut-on dire autant des frais et loyaux coûts? Le prix consiste dans les prestations dues au vendeur dans toute vente, prestations sans lesquelles il n'aurait pas vendu. Est-ce que l'acheteur verse les frais et loyaux coûts dans les mains du vendeur? Il les paye au notaire, au receveur de l'enregistrement, au conservateur des hypothèques. Le fisc et les officiers publics en profitent, le vendeur n'en tire aucun avantage; or, peut-on considérer comme prix ce qui n'est pas payé au vendeur et ce que régulièrement il ne débourse pas? Il n'y a que les créances naissant de la vente qui soient privilégiées. Or, les frais et les droits fiscaux ne sont certes pas une créance naissant de la vente au profit du vendeur, c'est une charge qui incombe à l'acheteur; c'est lui qui doit la supporter. Quand le vendeur les paye, il paye ce que devait l'acheteur; c'est dire qu'il fait une

(1) Duranton, t. XIX, p. 215, nº 162. Dans le même sens, Persil et Martou, et quelques arrêts (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 425). En sens contraire, Aubry et Rau, (t. III, p. 167, et note 5, § 263), et les auteurs qu'ils citent.

avance pour le compte de l'acheteur, il gère son affaire, il a une action de gestion d'affaires, action purement personnelle, et qui n'a rien de commun avec le prix ni avec le privilége que la loi accorde au prix.

12. La cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'opinion que nous combattons par deux arrêts, dont le premier a été rendu après délibéré en chambre du conseil (1). Cela prouve que la question présente des difficultés. Il faut donc que nous fassions connaître les motifs qui ont décidé la cour suprême et les doutes qu'ils nous laissent. « Les frais et loyaux coûts, dit-on, sont, à la vérité, à la charge de l'acheteur, mais le vendeur n'en est pas moins responsable envers le notaire qui a reçu l'acte. Si, par suite de cette responsabilité, le vendeur a été obligé d'en faire l'avance, ces frais et loyaux coûts deviennent un accessoire obligé du prix de vente, parce que les parties sont censées les avoir pris en considération pour déterminer le montant de ce prix. » Quelle laborieuse argumentation pour démontrer que les frais et droits sont un accessoire du prix! Et que prouve-t-on? Que les parties ont tenu compte des frais dans la fixation du prix. Cela est d'évidence, mais cela prouve seulement que celui qui vend ne retire jamais la valeur entière de sa chose, qu'il faut toujours en déduire les frais. Qu'est-ce que cela a de commun avec la question de savoir si les frais sont un accessoire comme les intérêts, et profitent au vendeur comme les intérêts lui profitent? Or, le privilége n'est accordé que pour le prix et les accessoires qui, comme les intérêts, sont payés, ainsi que le prix, entre les mains du vendeur. Qu'est-ce que des accessoires qui tantôt sont et tantôt ne sont pas des accessoires? On dira, en se fondant sur l'arrêt de la cour de cassation, que l'immeuble entre pour toute sa valeur dans le patrimoine du débiteur, pour le prix et les frais, qu'il est donc juste que les autres créanciers supportent les frais aussi bien que le prix. L'objection se retourne contre ceux qui la font. Non, les créanciers ne profitent pas de toute la valeur de l'immeuble; car ils devront la

(1) Cassation, 1er avril et 1er décembre 1863 (Dalloz, 1863, 1, 184 et 450).

réaliser et, par conséquent, supporter des frais et des droits. Qu'importe donc que l'acheteur paye un prix moins élevé à raison des frais qui sont à sa charge? Toujours est-il que ni le vendeur ni les autres créanciers ne profitent de ces frais; donc il n'y a pas de cause d'un privilége; et là où il n'y a pas de cause de préférence, il ne saurait y avoir une créance privilégiée.

La cour de cassation prétend que le droit du vendeur d'être remboursé des frais et loyaux coûts dérive, comme le prix lui-même, du contrat de vente, et que le prix serait diminué d'autant s'il ne pouvait en obtenir le remboursement. Cela n'est pas exact. Si le vendeur peut demander le remboursement des frais et loyaux coûts, c'est qu'il a payé la dette de l'acheteur; or, le contrat de vente ne l'oblige pas à payer cette dette, et quand il l'y obligerait en vertu d'une clause expresse, il n'en résulterait point que les frais fissent partie du prix, car ces frais ne profitent pas au vendeur. S'il les paye, il n'a qu'une action en répétition de ses avances, action personnelle que la loi ne privilégie point, parce que par sa qualité elle ne mérite pas plus de faveur que toute autre action en répétition, car elle ne profite ni au vendeur ni à la masse.

Le vendeur n'a qu'un moyen de s'assurer une garantie pour le remboursement des frais qu'il est dans le cas d'avancer, c'est de majorer le prix du montant de ces frais et de se charger du payement. C'est aussi le seul moyen de sauvegarder l'intérêt des tiers, que l'on oublie dans l'opinion contraire. La loi veut que le montant exact de la créance privilégiée soit connu des tiers; voilà pourquoi elle limite les intérêts qui ont droit au même rang que le capital; le code le disait pour les hypothèques, la loi hypothécaire le dit aussi pour les priviléges (art. 87; code civil, art. 2151). Comment les tiers sauront-ils si le vendeur a un privilége pour les frais et loyaux coûts? C'est l'inscription qui devrait les en informer; or, l'inscription ne mentionne pas les frais et loyaux coûts; la loi ne l'exige point, et le conservateur ne pourrait pas même ajouter cette mention, parce que le contrat de vente ne lui apprend pas que le vendeur a payé les frais. Il y aurait donc un

privilége dont l'existence et le montant ne seraient pas connus des tiers. Cela est incompatible avec le système de la loi belge.

13. La loi ne parle pas des intérêts du prix. Il était inutile d'en parler. Le code civil gardait aussi le silence sur ce point; néanmoins tout le monde admettait que les intérêts étaient privilégiés à titre d'accessoires; et c'est parce que les intérêts sont l'accessoire du prix qu'il était inutile de les mentionner, l'accessoire ayant nécessairement la même qualité que le principal. Telle est la raison juridique. L'équité est d'accord avec le droit. Pourquoi l'acheteur doit-il les intérêts, soit en vertu de la convention, soit en vertu de la loi (art. 1652)? C'est parce que l'acheteur jouit de la chose et en perçoit les fruits; or, cette jouissance, qui profite au débiteur, profite aussi à ses créanciers; le motif sur lequel est fondé le privilége s'applique donc aux intérêts aussi bien qu'au capital.

Le seul point qui fût controversé sous l'empire du code civil était la question de savoir si tous les intérêts dus par l'acheteur lors de sa déconfiture étaient privilégiés, ou s'il fallait appliquer aux priviléges la restriction que l'article 2151 établit quant aux hypothèques (1). La loi nouvelle tranche ce doute en mettant les priviléges sur la même ligne que les hypothèques (art. 87); c'est une application du principe que les priviléges sont des hypothèques privilégiées.

14. Il n'en est pas de même des dommages et intérêts que l'acheteur doit payer pour inexécution du contrat, soit par sentence du juge, soit en vertu d'une clause pénale; ce ne sont pas des accessoires du prix. En effet, le prix a pour cause la transmission de la propriété de la chose vendue; tandis que les dommages-intérêts ont pour cause l'inexécution des obligations contractées par l'acheteur; le prix profite aux autres créanciers, ainsi que les intérêts, parce que c'est cette créance qui met la chose et les fruits dans le patrimoine du débiteur; les dommages-intérêts, au contraire, diminuent le patrimoine du débiteur sans compensation aucune.

(1) Pont, t. I, p. 181, nº 192. Martou, t. II, p. 199, nº 553.

Nous avons dit ailleurs que, dans l'opinion commune, les frais des poursuites que fait le créancier privilégié pour obtenir le payement de sa créance, c'est-à-dire les dépens, sont privilégiés à titre d'accessoire (1). A notre avis, les dépens sont des dommages-intérêts; ils ne sont pas dus comme compensation de la chose ou des fruits, ils sont dus pour inexécution de l'obligation contractée par l'acheteur, de même que les dommages-intérêts; donc le droit et l'équité s'opposent à ce qu'ils soient privilégiés (2).

15. Le privilége est attaché à la qualité de la créance; le vendeur est privilégié, parce que le prix a pour cause la translation de la propriété de la chose vendue. Si la créance du prix est éteinte et remplacée par une autre créance, il ne peut plus être question de privilége, la créance privilégiée n'existe plus et la nouvelle créance n'est pas munie d'un privilége. Le vendeur doit donc bien se garder de nover sa créance, il perdrait non-seulement le privilége, mais encore le droit de résolution; car, d'après les principes de la loi nouvelle, le droit de résolution dépend de la conservation du privilége. C'est pour cela que la loi pose en principe que la novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (art. 1273). Ce principe doit surtout recevoir son application quand la créance que l'on prétend nover était privilégiée; on ne peut certes pas supposer que le vendeur consente, sans raison aucune, à renoncer à toutes les garanties que la loi lui accorde pour le payement du prix (t. XVIII, n° 288).

Par application de ce principe, il a été jugé que la créance privilégiée subsiste, bien que le contrat de vente, après avoir indiqué le prix en capital, le convertisse en une rente perpétuelle ou viagère (3). Il en serait autrement si le prix, d'abord fixé en capital, était, postérieurement à la vente, converti en rente; il y aurait novation et, par suite, extinction du privilége, à moins que le vendeur ne se réservât son privilége. On applique aux priviléges ce que

(1) Duranton, t. XIX, p. 217, n° 163.
(2) Bruxelles, 29 mai 1823 et 3 mai 1826 (*Pasicrisie*, 1823, p. 430, et 1826, p. 134). Aubry et Rau, t. III, p. 167 et suiv., et note 7, § 263.
(3) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 168, notes 9 et 10, § 263.

nous avons dit des hypothèques en traitant de la novation, puisque le privilége n'est qu'une hypothèque privilégiée.

Il en est de même si le prix est stipulé payable en effets de commerce. Cette clause, très-usuelle, a donné lieu à de nombreuses difficultés. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVIII, n°s 288-293).

N° 3. SUR QUOI PORTE LE PRIVILÉGE.

16. Le vendeur a un privilége sur l'immeuble vendu (art. 27, 1°; code civil, art. 2103, 1°). C'est parce que la chose vendue entre dans le patrimoine du débiteur et profite aux autres créanciers, que le vendeur jouit d'une préférence à leur égard; la cause du privilége étant spéciale, le privilége aussi doit être spécial. De là suit que si la vente a seulement eu pour objet une portion d'un immeuble, le privilége ne frappe pas les autres portions (1).

17. Aux termes de l'article 45 (code civil, art. 2118), l'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles et aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. Ce principe s'applique-t-il au privilége du vendeur? La question est controversée. A notre avis, elle doit être décidée affirmativement. Le privilége est une hypothèque privilégiée; il faut donc appliquer aux priviléges immobiliers les principes qui régissent l'hypothèque. C'est cet argument qui a décidé la cour de cassation, et il nous paraît péremptoire (2). Il y a cependant un motif de douter. La cause du privilége est spéciale, en ce sens que le vendeur jouit d'une préférence à l'égard des autres créanciers, parce que c'est la vente qui a mis la chose vendue dans le patrimoine de l'acheteur, et qu'en ce sens les autres créanciers profitent de la vente. Or, si l'acheteur élève des constructions sur le fonds vendu, ces améliorations ont leur cause, non dans la vente, mais dans un autre fait, les travaux,

(1) Voyez une application dans Rejet, chambre civile, 13 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 437).

(2) Rejet, 15 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 1, 269). Bordeaux, 28 avril 1873 (Dalloz, 1874, 2, 57). Il y a des décisions en sens contraire (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 435).

et la créance qui naît de ces travaux est elle-même privilégiée. L'objection n'est pas aussi décisive qu'elle en a l'air. Aussi les auteurs qui la proposent ne la font-ils qu'en hésitant : *il semble,* disent-ils, que le privilége du vendeur ne doive pas s'étendre à des constructions *entièrement nouvelles* sur un terrain non bâti; de sorte que si la construction n'était pas entièrement nouvelle, le vendeur exercerait son privilége. Ces mêmes auteurs admettent que le privilége du vendeur s'étend aux objets immobiliers devenus immeubles par perpétuelle demeure (1). Cette concession ruine le principe que l'on nous oppose. Il est bien certain que l'on peut dire des meubles immobilisés par incorporation et des constructions qui ne sont pas entièrement nouvelles ce que l'on dit des constructions nouvelles : toutes les valeurs ajoutées par l'acheteur à la chose vendue sont étrangères à la cause du privilége que la loi accorde au vendeur. Si donc on veut s'en tenir au principe de la spécialité du privilége, il faut décider que le vendeur n'a de préférence à l'égard des autres créanciers que sur les valeurs qu'il a mises dans le patrimoine du débiteur commun; ce qui revient à dire que l'article 2118 (loi hyp., art. 45) n'est pas applicable aux priviléges. Cette opinion absolue n'a jamais trouvé de partisan, et elle est insoutenable. En effet, en interprétant ainsi l'article 2118, on dérogerait à l'article 2113, qui consacre le principe dominant en cette matière, à savoir que le privilége est une hypothèque privilégiée, principe que la loi nouvelle a reproduit (art. 36, 37, 38, 87). Appartient-il à l'interprète d'apporter une exception à une règle fondamentale en matière de priviléges? Le législateur aurait pu et, à notre avis, il aurait dû le faire, mais il ne l'a point fait. Voici donc la situation : ou il faut admettre que l'article 2118 (loi hyp., art. 45) n'est pas applicable aux priviléges, ce que personne n'ose soutenir, ou il faut admettre cette disposition comme une règle générale et avec toutes ses conséquences.

18. Ce que nous disons des constructions s'applique

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 410, et note 5, § 284, et les autorités qu'ils citent. En sens contraire, Martou, t. II, p. 202, n° 558.

sans difficulté aux meubles immobilisés par incorporation. Sur ce point, tout le monde est d'accord. Qu'importe la spécialité du privilége? L'hypothèque est aussi spéciale; si elle *s'étend,* comme dit la loi, aux *accessoires* réputés immeubles, c'est par application du principe que l'accessoire suit le principal. Le privilége frappe la chose, donc tout ce qui s'incorpore à la chose. Juridiquement on ne comprend pas que la chose principale, le fonds, soit grevé d'un privilége et que l'accessoire, les constructions ou les meubles incorporés, ne le soient pas.

Faut-il appliquer le principe aux objets mobiliers qui sont placés sur un fonds pour son exploitation, sans y être incorporés? A notre avis, oui. Si l'on admet le principe, il faut en admettre les conséquences, les immeubles par destination sont des accessoires aussi bien que les immeubles par incorporation; donc le texte de l'article 2118 est applicable : de quel droit les interprètes distinguent-ils là où la loi ne distingue point? La cour de Poitiers a jugé que le privilége du vendeur ne s'étend point au cheptel qui est attaché au fonds par l'acquéreur. Elle dit que, pour étendre le privilége du vendeur aux cheptels, il faudrait une disposition formelle de la loi, parce que les priviléges sont de droit étroit. La cour admet cependant que les objets mobiliers immobilisés par incorporation sont frappés du privilége. Y a-t-il une loi formelle qui le dise? Non, sauf l'article 2118 (loi hyp., art. 45); or, cette disposition parle de tous les accessoires *réputés immeubles,* donc de tous les objets immobilisés. La cour a-t-elle le droit de distinguer là où la loi ne distingue pas? Il appartient au juge, dit-elle, d'apprécier ce qui, meuble de sa nature, doit être *réputé immeuble* (1). Cela n'est pas exact; il y a des textes qui déclarent ce qui est réputé immeuble, et aucune loi, aucun principe ne donnent le moindre pouvoir, en cette matière, aux tribunaux.

(1) Poitiers, 22 mars 1848 (Dalloz, 1850, 2, 46).

§ II. *Privilége du copermutant.*

19. La loi accorde, en second lieu, un privilége aux copermutants sur les immeubles réciproquement échangés (art. 27, 2°). Ce privilége leur est donné d'abord pour le payement des *soultes* et *retours*. Jusqu'à concurrence de la soulte l'échange est une vente; si j'échange un immeuble valant 30,000 francs contre un immeuble qui en vaut 20,000, il n'y a d'échange que pour une valeur de 20,000 fr.; il y a vente pour la soulte de 10,000, que l'autre échangiste doit payer. Il y a aussi même raison de privilégier la soulte et le prix de vente, car la soulte fait entrer la partie de l'immeuble pour laquelle elle est stipulée dans le patrimoine du copermutant qui doit la payer; donc il y a identité de motifs. Voilà pourquoi l'on admettait le privilége de l'échangiste pour soulte sous l'empire du code civil, bien que le code ne donnât pas expressément un privilége aux copermutants (1).

La loi ne dit pas que l'acte doit porter que la soulte est due; le privilége, en théorie, existe donc, quand même il n'y aurait ni acte ni mention que la soulte reste due; mais ce serait un privilége inefficace, en ce sens qu'il ne pourrait pas être conservé par la transcription. Si donc l'échangiste veut profiter de la faculté de conserver son privilége par la transcription, il doit faire dresser acte authentique et déclarer dans l'acte que la soulte n'est pas payée. On applique à l'échangiste ce que nous avons dit du vendeur (n°s 5 et 6).

20. L'échange est régi, en général, par les principes de la vente. De là suit que le copermutant, débiteur de la soulte, en doit les intérêts de plein droit si la chose produit des fruits; les intérêts sont privilégiés par application des principes que nous avons établis pour la vente (n° 13).

21. La loi donne encore un privilége à l'échangiste « pour le payement de la somme fixe qui serait déterminée

(1) Pont, t. I, p. 174, n° 187, et les autorités qu'il cite.

par l'acte à titre de dommages et intérêts dans le cas d'éviction. » L'échangiste qui est évincé, soit sur une action en revendication, soit sur une action hypothécaire, peut répéter la chose qu'il a donnée en échange, ou réclamer des dommages et intérêts (art. 1705). La répétition n'est autre chose que l'action en résolution fondée sur la condition résolutoire tacite. Les dommages-intérêts que l'échangiste peut demander représentent la valeur de l'immeuble, plus la perte faite par l'échangiste évincé ou le gain dont il a été privé; la loi belge lui donne un privilége pour le payement des dommages-intérêts, sous la condition que l'acte détermine une somme fixe à titre de dommages-intérêts, c'est-à-dire qu'il les évalue en argent. Quel est le motif du privilége et de la condition que la loi exige pour son existence?

Quand l'échangiste évincé réclame des dommages-intérêts, l'échange est maintenu; mais le copermutant évincé, ne recevant pas un fonds en échange de celui qu'il a livré, a droit à la valeur du fonds dont il est évincé. Il résulte de là que l'échange, dans cette hypothèse, produit les effets d'une vente. L'un des copermutants garde l'immeuble qu'il a reçu et en paye le prix sous forme de dommages-intérêts. Celui à qui ces dommages-intérêts sont dus doit donc avoir un privilége pour le payement de la somme à laquelle il a droit, puisque cette somme représente le prix de la chose qu'il a livrée à son copermutant.

La loi ajoute comme condition que l'acte d'échange fixe le chiffre des dommages-intérêts. Si l'acte ne contient point cette évaluation, l'échangiste n'aura pas de privilége. Cette condition tient au mode de publicité organisé par la loi. Aux termes de l'article 31, le copermutant conserve son privilége par la transcription du contrat d'échange stipulant une somme fixe à titre de dommages-intérêts en cas d'éviction. Pour que la transcription rende le privilége public, il faut naturellement que l'acte mentionne la créance privilégiée. Cela prouve que, dans la pensée du législateur, le privilége du copermutant se conserve par la transcription plutôt que par l'inscription, quoique la loi attache à l'inscription la conservation des priviléges; et l'inscrip-

tion pourrait, à la rigueur, se faire sans que l'acte d'échange évaluât les dommages-intérêts, puisque la loi ne l'exige pas.

22. L'échangiste ayant, de même que le vendeur, une action en résolution et un privilége, il faut dire du concours de ces deux droits ce que nous avons dit en matière de vente (n° 2). D'après les principes du code civil, le droit de résolution était indépendant du privilége et pouvait être exercé, alors même que l'échangiste serait déchu de son privilége. La loi nouvelle a établi le principe tout contraire en déclarant que le droit de résolution dépend de la conservation du privilége. Nous reviendrons sur ce point en expliquant l'article 28.

§ III. *Privilége du donateur.*

23. Le troisième privilége immobilier est celui du donateur sur l'immeuble donné, pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides imposées au donataire (article 27, n° 8). Lorsque la donation se fait sans charge, il ne peut être question d'un privilége du donateur, puisqu'il n'a pas d'action contre le donataire, et sans créance il ne saurait y avoir de privilége. Quand le donateur impose une charge au donataire, il a une action contre lui pour le contraindre à l'exécuter. La loi garantit cette créance par un privilége, par analogie de celui qu'elle accorde pour le payement du prix. En effet, la donation est une vente jusqu'à concurrence du montant de la charge; si je donne un immeuble valant 30,000 francs, en imposant au donataire une charge de 10,000 francs, l'acte n'est une libéralité que pour 20,000 francs; pour l'excédant, c'est un contrat à titre onéreux; si la charge consiste dans une somme d'argent, le contrat a les effets d'une vente; cela est si vrai que le donataire évincé a une action en garantie contre le donateur à raison de la charge qu'il a remplie; le donateur doit donc avoir le privilége du vendeur. Si la charge consiste en une autre prestation, il n'y a plus de vente, mais il y a un contrat analogue, et l'analogie est parfaite en ce qui concerne le privilége; ce qui rend la qualité du prix préférable aux autres créances, c'est que le prix est la cause de l'obliga-

tion du vendeur par suite de laquelle la chose vendue augmente le patrimoine du débiteur; or, la prestation stipulée à titre de charge par le donateur a le même effet, elle est censée la cause de cette partie de la donation qui répond à la charge; si le tiers des biens donnés entre dans le patrimoine du donataire, affecté d'une charge sans laquelle ces biens ne seraient pas devenus le gage des créanciers, il est juste que ceux-ci supportent la charge, en ce sens que le créancier des charges leur est préféré, sinon ils s'enrichiraient aux dépens du donateur.

24. La loi prescrit une condition pour l'existence du privilége. Il faut que l'acte de donation fasse connaître la prestation et son montant. Le privilége du donateur se conserve par la transcription; on doit donc appliquer au donateur ce que nous avons dit du vendeur et du copermutant (n°s 5, 6 et 19). Quand la prestation consiste en une somme d'argent, l'acte de donation fait connaître aux tiers le chiffre exact de la charge, puisque l'acte doit être transcrit sur les registres du conservateur. Si la charge consiste en prestations de denrées ou dans une obligation de faire, elle doit être liquidée, c'est-à-dire évaluée en argent, afin que la transcription de la donation apprenne aux tiers quel est le montant des charges à raison desquelles ils seront primés par le donateur (1).

25. Le donateur a aussi une action en révocation quand le donataire n'exécute pas les charges (art. 954). C'est une action en résolution tout à fait analogue à celle du vendeur. Le donateur a donc deux droits, comme le vendeur et l'échangiste, l'action résolutoire et le privilége. La première est dépendante de la conservation du privilége, comme nous le dirons en expliquant l'article 28.

§ IV. *Privilége des copartageants.*

26. La loi accorde un privilége aux copartageants pour diverses causes : 1° pour le payement des soultes; 2° pour le payement du prix de la licitation; et 3° pour assurer le

(1) Delebecque, *Commentaire*, p. 138, n° 167. Cloes, t. I, p. 400.

recours que la loi donne aux copartageants en cas d'éviction. Quel est le motif de ces divers priviléges? La cause diffère de celle que nous avons donnée pour justifier le privilége du vendeur, de l'échangiste et du donateur; dans ces trois cas, il y a transport de propriété et, par suite, augmentation du patrimoine du débiteur commun par suite de la vente, de l'échange ou de la donation; augmentation dont les créanciers profitent. Il n'en est pas de même du partage; il n'est pas translatif de propriété, il déclare seulement quels ont été les droits des copartageants à partir du moment où l'indivision a commencé; le partage n'enrichit donc pas le patrimoine du débiteur, et, de ce chef, le privilége n'aurait point de raison d'être. Mais le privilége se justifie par une autre considération. Le partage ne fait que liquider des droits préexistants; l'égalité est de l'essence de cette liquidation; or, pour que l'égalité soit réelle, il faut que ceux des copartageants qui ont une action pour la rétablir aient une garantie pour le payement de leurs créances. Voilà pourquoi la loi accorde un privilége aux créances qui naissent du partage et qui ont pour objet de maintenir l'égalité entre les copartageants.

Telle est la soulte qui suppose un partage inégal, puisque le lot grevé de la soulte comprend des biens pour une valeur supérieure à ceux qui forment le lot créancier de la soulte. De là le retour de lots; ce retour pouvant être illusoire par suite de l'insolvabilité du débiteur, la loi donne une garantie réelle au créancier, en frappant d'un privilége les biens qui sont compris dans le lot chargé de la soulte. On peut ajouter que la soulte est le prix de la partie des biens qui excède la part héréditaire du copartageant, débiteur de la soulte. La soulte, en matière de partage, tient donc de la soulte en matière d'échange et du prix de vente. C'est un motif secondaire qui justifie le privilége spécial que la loi crée au profit des copartageants.

Il y a lieu à licitation, c'est-à-dire à la vente aux enchères, lorsqu'une chose commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte, ou si dans un partage fait de gré à gré de biens communs il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne

veuille prendre. On vend, dans ce cas, la chose impartageable, et le prix en est distribué entre les copropriétaires (art. 1686). La licitation est tantôt une vente, tantôt elle équivaut à un partage. C'est une vente quand un étranger se porte adjudicataire, ce qui est toujours le cas dans la deuxième hypothèse prévue par l'article 1686 : les copartageants ont alors le privilége du vendeur. Lorsque la chose est adjugée à l'un des communistes, la licitation tient lieu de partage. Pourquoi les copropriétaires de l'adjudicataire jouissent-ils d'un privilége pour le prix? Leur part dans ce prix leur tient lieu de leur part dans la chose; il importe donc de leur donner une garantie pour le payement du prix, sinon ils risqueraient de ne pas obtenir la part à laquelle ils ont droit.

Lorsque l'un des copartageants est évincé d'une chose comprise dans son lot, il a une action en garantie contre les autres communistes, pour être indemnisé de la perte que lui a causée l'éviction (art. 884 et 885). Ce recours en garantie a pour objet de rétablir l'égalité entre les copartageants; la loi le privilégie afin d'assurer le payement de l'indemnité, et, par suite, le maintien de l'égalité entre copartageants.

27. Quelles sont les conditions requises pour que les communistes aient droit aux priviléges du partage? Il faut d'abord qu'il y ait partage. C'est presque une niaiserie de le dire, et l'on pourrait croire que c'est de la scolastique. Non, nous n'aurions pas pensé à exiger cette condition, qui va de soi, si elle n'avait été contestée en justice (1). Les communistes ont, pendant l'indivision, des droits et des obligations; peuvent-ils, de ce chef, réclamer un privilége? On l'a prétendu; c'est une de ces prétentions que l'on a de la peine à comprendre, sinon chez les plaideurs, du moins chez leurs conseils; il va sans dire qu'elle a été rejetée. Il ne suffit pas d'être cohéritier et d'avoir des droits comme tel pour être privilégié; il faut qu'il y ait une créance privilégiée. Or, toutes les créances pour la garantie des-

(1) Agen, 6 août 1852 (Dalloz, 1853, 2, 27). Comparez le tome X de mes *Principes*, nos 212-224.

quelles la loi accorde un privilége aux cohéritiers, naissent du partage et impliquent, par conséquent, l'existence d'un partage, la soulte, le prix de la licitation, le recours en cas d'éviction; en dehors de ces créances, il n'y a pas de privilége, parce qu'il n'y a point de privilége sans texte.

28. Le privilége des communistes suppose que l'indivision a cessé par un partage, et que de ce partage résultent des créances privilégiées, pour soulte, prix de licitation ou garantie. Ces créances ne naissent pas seulement du partage entre cohéritiers; tout partage entre communistes, quelle que soit la cause de l'indivision, peut donner lieu à une soulte, ou à une licitation, ou à une action en indemnité, si l'un des copartageants est évincé, et là où la cause du privilége existe, le privilége doit aussi exister. Le code civil ne mentionnait que les héritiers dans l'article 2103, mais l'article 2109 parlait en termes généraux des copartageants; notre loi mentionne les uns et les autres pour qu'il soit bien certain que le privilége appartient à tous ceux qui, étant en indivision, font le partage des biens communs (1).

On a mis en doute si le partage d'ascendants donne lieu aux priviléges établis par la loi hypothécaire. La raison de douter est le caractère ambigu de cet acte. C'est un acte translatif de propriété et en même temps un partage; ce double caractère est la source des difficultés les plus graves; mais il ne saurait y avoir un doute sérieux pour notre question; le terme même dont le législateur se sert pour qualifier la donation ou le testament par lesquels l'ascendant distribue ses biens entre ses enfants ou descendants prouve que c'est un partage. Ce partage est soumis au principe de l'égalité, puisque la loi admet l'action en rescision pour cause de lésion (art. 1079); donc la loi a aussi dû garantir l'égalité entre les copartagés. La jurisprudence est en ce sens ainsi que la doctrine (t. XV, n°s 83 et 85) (2).

(1) Voyez les travaux préparatoires de notre loi hypothécaire (Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 401, n° 688).

(2) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 171, note 20, § 263, et les autorités qu'ils citent. Rejet, 7 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 499).

29. Quelles sont les créances privilégiées? Nous les avons énumérées (n° 26). L'application a soulevé des difficultés assez nombreuses. Un acte de partage impose à l'héritier dans le lot duquel est tombé un fonds grevé de la servitude de prise d'eau la charge d'entretenir la servitude; la clause était ainsi conçue : « Toutes les réparations d'entretien et autres, soit aux prises d'eau, soit aux glacis, seront faites seulement aux frais du propriétaire du second lot. » Cette obligation était-elle garantie par le privilége de soulte? L'obligation étant imposée au lot qui comprenait le fonds servant, au profit du lot qui comprenait le lot dominant, il faut dire qu'il y avait soulte, dans la plus large acception de ce mot. Cela n'était pas contesté, mais on prétendait que la charge étant réelle ne donnait pas lieu au privilége, lequel est l'accessoire d'une créance; le premier juge rejeta cette prétention, mais elle fut admise par la cour de Lyon, et sur pourvoi, par la chambre des requêtes, par le motif que la charge était inhérente au fonds servant, et le suivait dans les mains de tout possesseur de l'héritage; or, un tiers détenteur n'était certes pas débiteur personnel, donc il n'y avait pas de créance, et partant pas de privilége (1). Le principe invoqué par la cour de cassation est incontestable; mais n'en tire-t-elle pas une conséquence erronée? La charge imposée au propriétaire de l'héritage servant est certainement personnelle dans son principe, donc il y a une créance, et par conséquent une soulte. Qu'importe que la loi imprime à cette créance un caractère de réalité, en imposant la dette à tout détenteur de l'héritage? Cela n'empêche pas qu'il y ait un droit au profit du propriétaire du fonds dominant, résultant du partage, contre l'héritier qui a dans son lot l'héritage servant et contre ses ayants cause. Or, d'après le texte, il suffit qu'il y ait un droit; c'est restreindre la loi que de la limiter à une créance purement personnelle.

30. Il se présente une question plus difficile. L'un des

(1) Rejet, chambre civile, après délibéré en chambre du conseil, 7 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 157).

héritiers jouit des choses communes pendant l'indivision; par suite il est tenu au rapport des fruits; cette obligation est-elle une soulte et est-elle garantie par un privilége? Nous avons examiné la question au titre des *Successions* (t. X, n° 642). La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour le privilége des copartageants (1).

31. On demande si le privilége de soulte s'étend aux intérêts qui en sont dus. La solution dépend du point de savoir si la soulte produit des intérêts de plein droit. Nous avons admis l'affirmative (t. X, n° 332). Dans cette opinion, il faut aussi admettre la conséquence qui résulte du principe. Les intérêts sont un accessoire de la créance, et, à ce titre, privilégiés dans les limites de l'article 87 (code civil, art. 2151) (2).

32. Sur quels biens porte le privilége des copartageants? Il faut distinguer les diverses causes pour lesquelles la loi accorde un privilége. Pour le payement de la soulte, le copartageant créancier a un privilége sur tous les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte. D'après le code civil, le privilége était plus étendu, il portait sur tous les immeubles de la succession. Le rapport de la commission du sénat explique le motif de la restriction que la loi nouvelle a apportée au privilége. Le créancier de la soulte peut stipuler des garanties dans l'acte de partage si le privilége, tel que la loi l'organise, ne lui donne pas une sûreté suffisante; ses intérêts sont donc pleinement sauvegardés. Quant aux autres copartageants, ils sont intéressés à ce que leurs biens ne soient pas grevés d'inscriptions inutiles (3). Généralement le privilége, même restreint aux immeubles du lot grevé de la soulte, sera encore trop étendu, car la soulte n'est qu'une partie de la valeur du lot; si le lot consiste en immeubles, comme on doit le supposer, le privilége dépassera de beaucoup le montant de la soulte. Dans cette supposition, la loi dispose que l'acte de partage peut restreindre le privilége à un ou

(1) Martou, t. II, p. 207, n° 578. Aubry et Rau, t. III, p. 172, et note 23, § 263. Pont, t. I, p. 193, n° 204.
(2) Martou, t. II, p. 209, n° 580. Pont, t. II, p. 198, n° 207 *bis*.
(3) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 408).

plusieurs des immeubles qui sont compris dans le lot du copartageant débiteur. L'esprit de la loi est que les garanties qu'elle accorde ne dépassent pas les besoins de celui à qui elle les donne; c'est dans cet esprit qu'elle organise les hypothèques légales, et c'est aussi dans cet esprit qu'elle cherche à limiter les priviléges quand ils sont excessifs.

33. En cas de licitation, le privilége porte sur le bien licité. La cause du privilége est spéciale, le privilége aussi doit l'être. Quand un étranger est adjudicataire, c'est le droit commun, puisque les copartageants sont vendeurs, et le privilége du vendeur ne grève que le bien vendu. Quand c'est un communiste qui se porte adjudicataire, le privilége est encore spécial de sa nature, et il offre une garantie suffisante aux communistes, puisque leur droit ne représente qu'une partie de la valeur de l'immeuble licité.

L'étendue du privilége, en ce qui concerne le montant de la créance privilégiée, donne lieu à une difficulté quand l'adjudication sur licitation est suivie d'une revente à la folle enchère de l'adjudicataire (1). Il se peut que le prix de la réadjudication soit inférieur à celui de l'adjudication première. Dans une espèce jugée par la cour de Rouen, l'immeuble d'abord licité pour 48,000 francs fut revendu pour 26,000 francs; les héritiers prétendirent que leurs droits étaient fixés par la vente primitive, puisque le fol enchérisseur restait débiteur de la différence entre les deux adjudications. La cour répond, et la réponse est péremptoire, que cet engagement du fol enchérisseur est personnel, tandis que le privilége réclamé par les copartageants est réel, il porte sur l'immeuble acheté par le second adjudicataire, la première vente étant résolue; or, le second acheteur est seulement débiteur du prix pour lequel l'immeuble lui a été adjugé, donc le privilége ne peut être exercé que pour cette somme, car la garantie réelle ne peut pas dépasser la créance. Il va de soi que les copartageants ont action contre le fol enchérisseur, mais ce droit est purement personnel, il ne peut être garanti par un pri-

(1) Martou, t. II, p. 210, n° 582. Pont, t. I, p. 200, n° 208.

vilége, spécial de sa nature, et portant exclusivement sur l'immeuble licité, et le fol enchérisseur n'est plus propriétaire de l'immeuble, puisque l'adjudication est résolue (1).

34. Sous l'empire du code civil, le privilége de licitation présentait une autre difficulté. La licitation est tantôt une vente, tantôt un partage; or, la loi soumettait la conservation du privilége de partage à des conditions différentes : le copartageant devait inscrire son privilége dans les soixante jours, à partir de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation, tandis que le privilége du vendeur pouvait toujours être inscrit utilement (art. 2108 et 2109). Il importait donc beaucoup de savoir s'il y avait vente ou partage. La difficulté se présentait notamment quand l'un des cohéritiers vendait sa part indivise à un communiste (2). Ce débat n'a plus d'intérêt en ce qui concerne le privilége, puisque le privilége du copartageant et celui du vendeur se conservent de la même manière, par la transcription, et qu'aucun délai n'est prescrit ni pour l'un ni pour l'autre.

35. Le privilége pour cause d'éviction porte sur tous les immeubles compris dans le lot des garants. Pourquoi le privilége est-il général, en ce sens qu'il grève tous les immeubles de la succession échus aux héritiers débiteurs de l'indemnité, tandis que le privilége de soulte et de licitation est spécial? Le privilége est une garantie de la créance, il ne peut donc exister que là où il y a une créance. Or, en cas de licitation, les copartageants n'ont d'action personnelle que contre l'adjudicataire, donc ils ne peuvent avoir de privilége que sur l'immeuble licité. De même quand un lot est grevé d'une soulte en faveur d'un autre lot, les deux copartageants sont seuls, l'un débiteur et l'autre créancier de la soulte. Les autres cohéritiers ne sont pas tenus personnellement, par suite ils ne peuvent pas l'être réellement, sauf stipulation contraire (3).

36. Quelle est l'étendue du privilége de garantie? Il y

(1) Rouen, 30 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 2, 246).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 171, notes 21 et 22, § 263. Comparez mes *Principes*, t. X, nos 424-429.
(3) C'est l'opinion émise dans le rapport de la commission du sénat (Parent, p. 408). En sens contraire, Martou, t. II, p. 217, no 586.

a quatre copartageants, succédant par parts égales. Le quatrième est évincé d'un bien qui vaut 16,000 francs; il a un recours contre chacun de ses trois copartageants pour 4,000 francs. La question est de savoir si le privilége porte sur les immeubles de chaque lot pour 4,000 francs, ou pour toute la créance, qui est de 12,000 francs? Il faut appliquer le principe que nous venons de rappeler. Le privilége n'est que l'accessoire de la créance; or, le copartageant évincé n'a d'action contre les communistes que dans la limite de leur part héréditaire; son recours n'étant que de 4,000 francs, le privilége ne peut grever les biens de chaque lot que dans la même limite.

Il y a une difficulté en cas d'insolvabilité. Aux termes de l'article 884, chacun des héritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son cohéritier de la perte que lui a causée l'éviction. Si l'un des cohéritiers est insolvable, la portion dont il est tenu doit être également répartie entre le garanti et tous les héritiers solvables. Dans l'exemple que nous venons de donner, le copartageant, évincé d'une valeur de 16,000 francs, aura un recours contre chacun des communistes pour 4,000 francs, plus 1,000 francs si l'un d'eux est insolvable. On demande si, dans ce cas, le privilége peut être exercé pour 5,000 francs. En principe, l'affirmative n'est pas douteuse, puisque le privilége garantit toute la créance née de l'éviction; or, la créance est, dans l'espèce, de 5,000 francs (1); mais il y a une difficulté par suite de la condition requise par la loi nouvelle pour la conservation du privilége. Nous y reviendrons (n° 38).

37. Le privilége de garantie, tel que la loi l'organise, peut être trop étendu; si, dans l'exemple que nous avons donné, les biens compris dans chaque lot valent 25,000 francs, la créance qui naît de l'éviction n'étant que de 4,000 francs, la garantie sera excessive. La loi permet, dans ce cas, de limiter le privilége; les copartageants peuvent le restreindre à une partie des immeubles jugée nécessaire pour assurer une pleine garantie au copartageant évincé. Les par-

(1) Pont, t. I, p. 192, n° 202.

ties contractantes n'avaient pas besoin de l'autorisation de la loi pour modifier le privilége qu'elle accorde; le privilége, quoique établi par la loi, est d'intérêt privé; il est donc libre aux parties d'y renoncer ou de le restreindre; mais elles ne pourraient pas l'étendre, puisqu'il ne leur appartient pas de créer un privilége. Si la loi autorise la restriction du privilége, c'est en quelque sorte un conseil qu'elle donne aux parties intéressées, afin d'éviter que leurs biens ne soient grevés d'inscriptions inutiles; ce serait nuire à leur crédit, sans avantage pour l'héritier évincé, puisqu'on suppose que le privilége réduit suffira pour assurer le payement de l'indemnité.

38. Il y a une condition requise pour l'existence du privilége de garantie : il n'a lieu, dit l'article 27, qu'autant que l'acte de partage contiendra la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction. Cette condition tient au mode de conservation que la loi a prescrit pour le privilége des copartageants; il se conserve par la transcription de l'acte, lequel doit, par conséquent, faire connaître aux tiers le montant exact de la créance privilégiée. Si l'acte ne contient pas l'évaluation de l'indemnité, en cas d'éviction, le copartageant évincé n'aura pas de privilége. Le texte ne laisse aucun doute sur ce point; c'est une nouvelle preuve que, dans l'esprit de la loi, le privilége des copartageants, comme ceux du vendeur, de l'échangiste et du donateur, se conservent par la transcription plutôt que par l'inscription.

La loi veut que l'acte contienne la stipulation d'une *somme fixe*. Il y a cependant une éventualité qu'il est difficile de prévoir, c'est celle de l'insolvabilité de l'un des copartageants. Quel sera, dans ce cas, le droit de l'héritier évincé? Si l'insolvabilité n'a pas été prévue par l'acte de partage, le copartageant évincé n'aura pas de privilége de ce chef; car le privilége ne peut pas dépasser la somme fixée par le contrat. Vainement dira-t-on que le cas d'insolvabilité étant réglé par la loi, les tiers doivent s'attendre à une majoration de la créance privilégiée, majoration qu'il leur est facile de calculer. La réponse se trouve dans le texte de l'article 27 : il veut une somme *fixe;* ce n'est

pas dans la loi que les tiers doivent chercher les renseignements dont ils ont besoin, c'est dans l'inscription; le privilége ne peut jamais dépasser le montant de la créance inscrite, c'est-à-dire la somme fixée par l'acte de partage.

39. Le privilége n'est accordé par la loi que pour la garantie établie par l'article 884; il faut donc, comme condition essentielle, que cette garantie soit due. On applique les principes que nous avons exposés au titre des *Successions*. Ainsi le copartageant évincé n'aura pas droit à la garantie, ni par conséquent à un privilége, si l'éviction procède d'une cause postérieure au partage, ou s'il l'a soufferte par sa faute (1).

La loi est conçue dans un esprit restrictif. Cela résulte des travaux préparatoires. La commission spéciale avait proposé de supprimer le privilége que le code civil accorde, en termes généraux, pour la *garantie du partage*. Ce privilége lui paraissait dangereux, parce qu'il s'agissait d'une créance incertaine quant à son existence, et indéterminée quant à sa valeur et à sa durée. D'un autre côté, ce privilége paraissait inutile; les copartageants étant libres de stipuler et de consentir telles garanties qu'ils jugent convenables. La proposition d'abolir le privilége de garantie ne trouva pas faveur; on le maintint, mais en le restreignant et en le permettant à des conditions qui en assuraient la spécialité et la publicité (2). D'abord le privilége n'est plus accordé, en termes vagues, pour la garantie du partage; il est limité à la garantie prévue par l'article 884; il faut donc qu'il y ait éviction, telle que la doctrine et la jurisprudence l'ont définie en se fondant sur le texte du code et sur la tradition. On a conclu de là, avec raison, que les copartageants n'ont pas de privilége pour les charges que l'acte de partage impose à l'un des copartageants (3). Ensuite le privilége est restreint à la somme *fixe* que l'acte doit stipuler pour l'indemnité du communiste évincé. Si le montant de la créance dépasse ce chiffre,

(1) Pont, t I, p. 192, nº 202.
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 35). Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 412)
(3) Cloes, t. I, p. 412, nº 709. En sens contraire. Casier, nº 273.

le copartageant n'a pour l'excédant qu'une créance chirographaire. Il en serait de même si la créance ne rentrait point dans les termes restrictifs du texte. Tel est le principe, il nous servira à résoudre les difficultés qui se présentent dans l'application de la loi.

40. L'un des copartageants paye une dette qui était à la charge d'un autre communiste : a-t-il de ce chef le privilége de garantie? Si l'on admet le principe tel que nous venons de le formuler, la négative est certaine. En effet, le payement d'une dette et la décharge d'un copartageant ne rentrent pas dans les termes restrictifs de la loi; ce n'est pas là un cas d'éviction prévu par l'article 884. Cela est décisif, puisqu'il n'y a point de privilége sans texte. Cependant l'opinion contraire prévaut dans la doctrine et dans la jurisprudence, toutefois avec des dissidences qui ne témoignent pas en faveur de l'opinion commune.

On invoque d'abord la tradition. Pothier enseigne que le mari qui paye une dette à la décharge de la femme ou de ses héritiers, a une hypothèque privilégiée sur les conquêts échus à la femme par le partage; il donne comme raison que la femme ne peut prendre part aux biens de la communauté qu'à la charge de payer les dettes (1). Nous répondons que Pothier parle comme législateur, il n'était lié par aucun texte; telle n'est pas la position des interprètes modernes; le texte les enchaîne, et ce texte ne reproduit certainement pas la doctrine de Pothier.

Les auteurs sont partagés. Persil et Troplong surtout défendent l'opinion de Pothier; ils insistent sur la nécessité de maintenir l'égalité entre copartageants (2). Ce motif est encore à l'adresse du législateur : est-ce que la loi dit que le privilége existe dans tous les cas où l'égalité serait compromise? Grenier et Duranton s'en tiennent au texte et au principe d'interprétation qui domine cette matière. Le code n'accorde de privilége que pour les soultes et la garantie; or, le payement d'une dette de succession ne rentre dans aucun de ces cas. Il est certain que cette hypothèse ne

(1) Pothier, *De la communauté*, nº 752.
(2) Dans le même sens, Aubry et Rau, t. III, p. 172, note 24, § 263.

tombe pas sous l'application de l'article 27 de notre loi, plus restrictif que l'article 2103 du code civil (n° 39). Martou, l'excellent commentateur de la loi hypothécaire, a essayé d'appliquer au payement d'une dette le privilége de soulte (1). C'est une subtilité que l'on pourrait admettre à la rigueur, si l'interprétation extensive était permise en matière de priviléges; mais c'est le principe contraire qui est de doctrine et de jurisprudence. Toute difficulté concernant l'existence d'un privilége doit être tranchée par le texte; or, le texte qui accorde un privilége pour le *payement de soultes* ou *retours de lots* est-il applicable au cas où l'un des copartageants paye une dette à la décharge de l'autre? Non, en s'en tenant à la lettre de la loi, et la lettre est décisive (2).

La cour de cassation s'est aussi prononcée en faveur de l'opinion que nous combattons. Après avoir cité le texte de l'article 2103, elle dit que le but évident de cette disposition est de maintenir l'égalité des partages, laquelle serait à tout instant blessée, si la loi n'assurait pas, entre cohéritiers, le remboursement de la dette héréditaire que l'un aurait été obligé de payer pour l'autre (3). L'argumentation n'est pas logique. De ce que la loi a voulu garantir l'égalité des partages, on ne peut pas conclure qu'elle a entendu accorder un privilége dans tous les cas où l'égalité risquerait d'être blessée; on ne le peut surtout pas quand il s'agit de priviléges, car c'est se prévaloir de l'esprit de la loi contre le texte pour étendre un privilége à un cas que la lettre de la loi ne prévoit pas, ce qui aboutit à créer des priviléges; et la cour de cassation ne dit-elle pas, dans tous ses arrêts, que les priviléges sont de droit étroit?

41. Un héritier est condamné à restituer des sommes détournées par lui de la succession, et dissimulées lors du partage. Le copartageant a-t-il, de ce chef, un privilége? C'est dans ces termes que la question s'est présentée devant la cour d'Agen; la négative était certaine, puisque

(1) Martou, t. II, p. 212, n° 585. En sens contraire, Cloes, t. I, p. 413, n° 710.
(2) Rejet, 2 avril 1839 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 449).

la loi n'accorde de privilége que pour les créances qui naissent du partage (1). Le partage est, dans ce cas, inégal, car l'héritier qui a diverti ne prend aucune part dans les biens qu'il a voulu soustraire à ses copartageants; or, la loi ne donne pas de privilége pour garantir l'inégalité du partage. Non que cette inégalité ne soit parfaitement juste; mais il s'agit d'une peine, et la loi a négligé d'assurer l'exécution de la pénalité qu'elle prononce. Nous en concluons que lors même que la condamnation serait antérieure au partage, il n'en résulterait qu'une action personnelle contre l'héritier coupable; la raison de décider nous paraît évidente, le divertissement ne rentre pas dans le texte de la loi, donc il n'y a point de privilége.

§ V. *Privilége de l'architecte.*

42. Les entrepreneurs, architectes, maçons et autres ouvriers employés pour défricher des terres ou dessécher des marais, pour édifier, reconstruire ou réparer des bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques, ont un privilége sur l'immeuble dont ils ont augmenté la valeur par leurs travaux (art. 27, n° 5; code civil, art. 2103, 4°). Quelle est la cause de ce privilége? En l'énonçant, nous en avons dit le motif. Les ouvriers qui, par leur travail, donnent une plus-value à l'immeuble enrichissent le débiteur, et, par suite, ses créanciers; il est de toute justice que ceux-ci leur tiennent compte du profit qu'ils en retirent. Or, c'est dans ces limites que la loi établit le privilége : les créanciers n'ont de privilége que pour la plus-value qui résulte de leurs travaux.

43. Dans le langage de l'école, on appelle ce privilége le privilége de l'architecte, parce que c'est d'ordinaire l'architecte qui l'exerce, en donnant au mot d'*architecte* sa plus large acception. Du reste, il en est de ce privilége comme de tous les autres : il n'est pas accordé à la personne, il est attaché à la qualité de la créance. Sous ce

(1) Agen, 22 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 27).

rapport, la rédaction du code civil laissait à désirer, il paraissait restreindre le privilége à certains travaux, consistant à *édifier, reconstruire* ou *réparer*. Nous disons que la loi semblait restrictive; il est certain qu'il n'y a aucune raison pour restreindre le privilége aux travaux de construction; tous ouvrages ayant pour effet d'augmenter la valeur d'un fonds méritent également le privilége, parce que la cause est identique. Telle était bien la pensée des auteurs du code. Le projet soumis au conseil d'Etat ne parlait pas des canaux. Crétet demanda que l'on étendît le privilége à toute espèce de constructions; Treilhard, le rapporteur de la section de législation, déclara qu'il acceptait l'amendement, et proposa de le rédiger comme suit : « Les canaux, les digues, les *desséchements* et autres ouvrages. » Cet amendement fut adopté; le procès-verbal le constate, et néanmoins le mot *desséchements* disparut, on ne sait pourquoi, ni par la faute de qui (1). Cela accuse au moins une grande négligence. Les priviléges étant de droit strict, on a dû en conclure que le privilége n'était pas accordé pour des travaux de desséchement. La loi belge a ajouté le défrichement des terres et le desséchement des marais; mais elle ne dit rien des plantations, qui ne sont pas comprises dans les expressions *défricher, dessécher, édifier, reconstruire, réparer;* et les mots *ou autres ouvrages quelconques* ne se rapportent, comme dans le code civil, auquel ils sont empruntés, qu'aux *constructions*. Au lieu d'énumérer les divers travaux, il eût été plus simple de poser en principe que tous ouvrages qui augmentent la valeur d'un fonds donnent un privilége à celui qui a procuré la plus-value.

44. Les termes de la loi sont restrictifs en ce qui concerne la qualité en laquelle les travaux doivent être faits pour que le privilége appartienne à ceux qui les ont exécutés. Il faut, d'après l'article 27 comme d'après le code civil (art. 2103), que les entrepreneurs, architectes, maçons ou autres ouvriers aient été *employés* pour faire les travaux d'amélioration. *Employés* par qui? Par le *pro-*

(1) Pont, t. I, p. 203, nº 210.

priétaire, dit la suite de l'article, qui déclare avoir dessein d'exécuter les ouvrages. Le propriétaire qui *emploie* des *ouvriers* contracte avec eux; de ce contrat naît une créance, et c'est cette créance qui est privilégiée jusqu'à concurrence de la plus-value qui résulte des travaux.

45. De là une première conséquence, c'est que les sous-entrepreneurs et les ouvriers qui traitent, non avec le propriétaire, mais avec l'entrepreneur principal, ou avec l'architecte, ou avec le maître maçon, n'ont pas de privilége. Ils ne peuvent pas invoquer le texte de la loi, car ils ne sont pas employés par le propriétaire; ils n'ont pas de créance contre lui, dès lors il est impossible que leur créance contre un entrepreneur qui n'est pas propriétaire du fonds, soit garantie par un privilége sur ce fonds. Il est bien vrai que ce sont les ouvriers qui par leur travail procurent la plus-value, mais ils ne la procurent que sous la direction de l'entrepreneur ou de l'architecte, ils ne sont que les instruments, c'est le directeur des travaux qui est l'âme. L'équité est donc d'accord avec le droit. En droit, il n'y a point de privilége sans créance, et les ouvriers n'ont point de créance contre le maître; et au point de vue de l'équité, la plus-value n'est pas due à des travaux purement matériels, elle est due à celui qui dirige les travaux; par suite le privilége doit aussi lui appartenir.

Les ouvriers ont cependant une action contre le propriétaire, c'est l'action indirecte de l'article 1166; créanciers de l'entrepreneur, ils peuvent exercer, au nom de leur débiteur, l'action qu'il a contre le maître. Cette action indirecte que les ouvriers ont contre le propriétaire ne leur procure pas l'avantage d'une action directe; car agissant au nom de l'entrepreneur, ils doivent partager le bénéfice avec tous les créanciers de leur débiteur. C'est pour leur donner une garantie plus forte que l'article 1798 leur a accordé une action directe contre le propriétaire jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où leur action est intentée. Nous renvoyons, quant au principe, au titre du *Louage;* il reste à faire l'application de l'article 1798 au privilége de l'architecte. La question n'est pas sans difficulté, aussi les

opinions sont-elles partagées. A notre avis, l'action de l'article 1798 n'est autre que celle de l'article 1166, c'est toujours l'action de l'entrepreneur que les ouvriers exercent; ils ne peuvent pas avoir d'action personnelle contre le propriétaire, puisqu'il n'est intervenu aucune convention entre eux; ils n'ont donc que l'action indirecte de l'article 1166; seulement le bénéfice de cette action leur est attribué à l'exclusion des autres créanciers de l'entrepreneur.

Si tel est le sens de l'article 1798, il en faut conclure que les ouvriers exercent l'action privilégiée de l'entrepreneur contre le propriétaire. Nous disons l'action privilégiée, car c'est l'action de l'entrepreneur telle qu'elle appartient à celui-ci que les articles 1166 et 1798 combinés donnent aux ouvriers, c'est-à-dire une action munie d'un privilége; ils seront donc préférés aux autres créanciers du propriétaire, si, comme on doit le supposer, celui-ci est en déconfiture, car ce n'est qu'en cas de déconfiture qu'il s'agit d'exercer un privilége, c'est-à-dire une préférence à l'égard des créanciers chirographaires. Toutefois les ouvriers n'ont pas toujours droit au privilége pour toute leur créance; ce n'est pas leur créance qu'ils réclament contre le maître, c'est la créance de l'entrepreneur, donc quand celui-ci est payé en partie, les ouvriers n'ont d'action privilégiée contre le propriétaire que jusqu'à concurrence de ce dont celui-ci est débiteur envers l'architecte (1).

46. Des tiers qui n'ont contracté ni directement ni indirectement avec le maître ne peuvent pas avoir le privilége de plus-value que la loi donne aux ouvriers *employés par le propriétaire*. La proposition se trouve motivée par les termes mêmes qui l'énoncent et qui sont empruntés au texte du code et de la loi hypothécaire : tels sont le tiers possesseur, le tiers détenteur ou l'usufruitier. S'ils font des améliorations sur le fonds qu'ils possèdent, ont-ils droit, de ce chef, au privilége de l'architecte? La question n'a point de sens; en effet, les conditions prescrites par le texte même de la loi pour l'existence du privilége ne peu-

(1) Voyez, en sens divers, Aubry et Rau, t. III, p. 174, note 31; Mourlon, *Examen critique*, t. II, p,555, n° 176; Pont, t. I, p. 203, n° 210.

vent pas être remplies. Où est d'abord le contrat intervenu entre les possesseurs et le propriétaire contre lequel ils agissent? Il n'y a aucun lien juridique entre eux à l'égard de ces travaux; les tiers possesseurs et les tiers détenteurs les font pour eux, et non comme *employés par le propriétaire;* eux-mêmes sont propriétaires ou ils agissent comme tels. Les autres conditions que nous énumérerons plus loin ne peuvent pas non plus être remplies. Cela est d'une évidence telle, qu'il est inutile d'insister (1).

Cependant la jurisprudence reconnaît un droit de préférence, donc un privilége à ceux qui font sur un fonds des travaux d'amélioration ou de conservation. Pour mieux dire, la jurisprudence n'est qu'incertitude et confusion en cette matière; ce qui y domine, c'est l'absence de tout principe. La cour de cassation a confirmé un arrêt qui, tout en refusant au tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué le privilége de l'architecte, avait jugé que le détenteur pouvait exercer un droit de propriétaire sur les améliorations dues à ses travaux; de sorte qu'on lui refuse un privilége et on lui accorde plus qu'un privilége, un droit de propriété (2). La cour cite l'article 2175; nous y reviendrons; il suffit de le lire pour se convaincre qu'il n'y est question ni d'un droit de propriété ni d'un privilége.

Il y a un autre arrêt de la cour de cassation qu'il serait difficile de justifier et même d'excuser. Un adjudicataire fait des travaux qu'il a soin de faire constater par un homme de l'art. Puis il arrive une surenchère. Un ordre s'ouvre: le premier adjudicataire demande à y être colloqué par privilége pour ses impenses et pour les frais d'expertise. Cette étrange réclamation fut accueillie par la cour d'Orléans, et sur pourvoi, il intervint un arrêt de rejet plus étrange encore. La cour commence par constater que les travaux étaient nécessaires, urgents, d'où elle conclut que l'acquéreur, en faisant les réparations, a conservé un immeuble qui, sans ces impenses, aurait péri. A quoi bon établir qu'il s'agissait de travaux de conserva-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 174, note 32, § 263, et, en sens divers, les auteurs qu'ils citent.
(2) Rejet, 23 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 959, 1°).

tion? Est-ce que la loi accorde un privilége pour ces travaux? Il suffit, encore une fois, de lire le texte de l'article 2103 (loi hyp., art. 27) pour se convaincre que la loi ne parle pas de travaux de conservation (1). Cependant la cour de cassation, se fondant sur le caractère conservatoire des travaux, en induit que celui qui les avait exécutés jouissait d'un privilége. Et le motif? « En droit, répond la cour, les articles 2103 et 2175 (loi hyp., art. 27 et 103) qui restreignent le privilége au montant de la plus-value, ne sont pas applicables à l'espèce, puisque l'article 2103 parle d'ouvrages utiles, à la vérité, mais volontaires, et auxquels l'existence même de la chose n'est pas attachée (2). » Si l'article 2103 n'est pas applicable, nous demanderons à la cour quelle est la disposition de la loi sur laquelle elle fonde le privilége de conservation. On le chercherait vainement dans le code civil. La cour admet donc un privilége sans texte. Elle dit et répète que les priviléges sont de droit étroit, et voilà qu'elle-même crée un privilége! MM. Aubry et Rau disent que la jurisprudence, tout en reconnaissant au tiers détenteur et à l'usufruitier le droit de réclamer collocation par préférence pour les impenses par eux faites, ne leur ont pas attribué le privilége établi par l'article 2103. Eh! qu'importe? Un droit de préférence exercé dans un ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, ne peut être qu'un privilége ou une hypothèque (code civil, art. 2093 et 2094; loi hyp., art. 8 et 9); et, dans l'espèce, il n'y a ni hypothèque ni privilége, donc la cour fait la loi au lieu de l'interpréter.

47. L'article 2103 du code civil ajoutait, n° 5 : « Ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers jouissent du même privilége, pourvu que cet emploi soit authentiquement constaté par l'acte d'emprunt et par la quittance des ouvriers. » Cette disposition n'a pas été reproduite par la loi belge, parce qu'elle était inutile; nous renvoyons à ce qui a été dit sur la disposition analogue qui concerne les prêteurs de deniers employés à l'acquisition d'un immeuble (n° 3).

(1) Ainsi jugé par la cour de Paris, 15 novembre 1875 (Dalloz, 1877, 2, 99).
(2) Rejet, 11 novembre 1824 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 460, 1°).

48. Quelle est la créance privilégiée? C'est la créance qui appartient aux architectes, entrepreneurs ou ouvriers contre le maître, à raison des travaux par eux exécutés. Les créanciers ont-ils aussi privilége pour les intérêts auxquels ils auraient droit en vertu de la convention ou d'un jugement? Sous l'empire du code civil, la question était controversée (1), à tort, suivant nous, les accessoires étant nécessairement privilégiés lorsque le capital jouit d'un privilége. D'après la loi nouvelle, il n'y a plus de doute; l'article 37 (code civil, art. 2151) accorde implicitement un privilége pour les intérêts, en le limitant à trois années. Nous reviendrons sur cette disposition en traitant des hypothèques.

Toute la créance de l'architecte n'est pas nécessairement privilégiée; il est même rare qu'elle le soit; il n'a de privilége que pour la plus-value. Avant de déterminer la limite précise du privilége, nous devons exposer le système que la loi a emprunté au code civil pour constater l'augmentation de valeur résultant des travaux.

49. La loi veut que l'on dresse deux procès-verbaux, le premier constatant l'état des lieux avant le commencement des travaux, le second constatant la valeur du fonds après la réception des ouvrages. En comparant ces deux valeurs, il est facile de calculer la plus-value qui résulte des travaux. Les expertises que la loi prescrit ne sont pas seulement un moyen de prouver l'augmentation de valeur que le fonds a reçue par les ouvrages qui y ont été exécutés, elles sont aussi une condition requise pour l'existence du privilége. C'est ce que l'article 27 indique par ces mots : *pourvu néanmoins que*. Ainsi aucune autre preuve ne serait admise pour établir la plus-value que les ouvriers auraient procurée au fonds. Cette condition est très-rigoureuse, elle empêche le plus souvent les entrepreneurs et architectes d'acquérir le privilége; en effet, ils se trouvent dans la dépendance du maître qui les emploie, et, par suite, ils ne peuvent guère exiger que des expertises soient faites; ce serait une marque de défiance, et leur exigence aurait le plus

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 221, n° 595.

souvent pour résultat de rompre les conventions; pour obtenir et pour conserver l'entreprise, les ouvriers sont obligés de renoncer à la garantie que la loi leur donne. N'eût-il pas été plus simple de s'en rapporter au droit commun, en permettant aux entrepreneurs de faire la preuve de la plus-value d'après les règles que le code établit au titre des *Obligations*? On peut expliquer et justifier la rigueur de la loi. Il ne faut pas oublier que les ouvriers réclament un privilége qui leur donne la préférence sur tous les créanciers hypothécaires inscrits avant eux; les intérêts des tiers sont donc en cause, et la loi a dû les sauvegarder. C'est dans ce but qu'elle exige que la plus-value soit constatée par des moyens qui offrent toute garantie aux tiers intéressés.

50. Les experts sont nommés *d'office* par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel les biens sont situés. L'expression *d'office* semble dire que le président intervient sans en être requis. Cela est impossible; les magistrats ne peuvent pas, dans l'espèce, agir d'office en ce sens; il faut qu'ils sachent d'abord si le propriétaire se propose d'exécuter des travaux, il faut ensuite que les entrepreneurs et architectes veuillent acquérir le privilége. Ainsi, par la nature des choses, le président doit être requis de nommer l'expert. Le texte de la loi le suppose; en effet, l'article 27 dit que la première expertise a pour objet de constater l'état des lieux relativement aux ouvrages que le propriétaire *déclarera avoir dessein de faire*. Il faut donc une *déclaration* du propriétaire; ce qui implique que le propriétaire intervient; d'ailleurs son consentement est nécessaire pour que l'expert puisse procéder aux opérations qu'il est chargé de faire.

Toutefois la loi ne dit point que l'expertise doive être demandée par un concours de consentement. Régulièrement ce sont les créanciers qui requerront la nomination des experts, mais ils ne le feront pas sans s'être assurés du concours du propriétaire. Il se peut aussi que le propriétaire offre spontanément cette garantie aux entrepreneurs. La cour de Metz a jugé que rien n'empêchait le maître de prendre l'initiative, puisque la loi ne s'explique

point sur les personnes à la poursuite desquelles les formalités qu'elle ordonne seront accomplies. En droit, cela n'est pas douteux, et, en fait, le propriétaire peut avoir intérêt à offrir des garanties aux entrepreneurs, afin d'obtenir de meilleures conditions (1).

D'après le code civil, la nomination de l'expert se faisait par le tribunal, la loi nouvelle confie cette mission au président; il ne s'agit pas d'un jugement, mais d'un acte de juridiction volontaire pour lequel l'intervention du président suffit. C'est une dérogation au droit commun en matière d'expertise. Régulièrement ce sont les parties qui nomment les experts; c'est seulement quand elles ne s'entendent pas, ou qu'elles ne veulent pas user du droit que la loi leur donne, que le tribunal procède *d'office* à leur nomination (code de proc., art. 305). De là l'expression *d'office* qui se trouve dans le code civil et dans la loi belge; elle indique que les parties ne sont pas appelées à désigner l'expert. Le législateur a voulu prévenir toute collusion entre les parties et les experts au préjudice des créanciers; l'expert, de complicité avec les parties, aurait pu estimer les terrains trop bas, afin d'augmenter la plus-value à laquelle les ouvriers ont droit.

51. C'est pour la même raison que la loi belge veut que les créanciers inscrits soient appelés à la première expertise. Cela implique que les créanciers inscrits avant le commencement des travaux seront primés par l'architecte; nous reviendrons sur ce point. C'est parce qu'ils seront primés jusqu'à concurrence de la plus-value qui résultera des travaux, qu'ils ont intérêt à ce que la valeur du fonds au moment où les travaux vont commencer soit constatée avec exactitude. Toutefois ils ne doivent pas nécessairement assister à l'expertise pour qu'elle soit valable, il suffit qu'ils y soient appelés; c'est à eux de sauvegarder leurs intérêts. Mais il faut qu'ils soient appelés; s'ils ne l'étaient pas, l'expertise serait nulle et, par suite, le privilége n'existerait point, quand même le procès-verbal aurait été inscrit. On voit ici la différence qui existe entre les con-

(1) Metz. 7 février 1866 (Dalloz. 1866. 2. 31).

ditions requises pour l'existence du privilége et celles que la loi prescrit pour leur conservation. Pour que le privilége de l'architecte soit conservé, il faut, avant tout, qu'il existe, et il n'existe que si la condition de l'expertise a été accomplie telle que la loi l'exige.

52. Quand la première expertise doit-elle se faire? Avant le commencement des travaux. Cela résulte du but même de cette expertise; elle doit constater l'état des lieux, c'est-à-dire la valeur du fonds avant les travaux; or, une fois les travaux commencés, il serait très-difficile d'établir d'une manière exacte la valeur qu'avait le fonds avant qu'il y eût des travaux; il faudrait s'en rapporter à des témoignages qui, dans le système du code, ne sont pas admissibles quand les parties ont pu se procurer une preuve littérale. Le texte est conçu en ce sens; il dit que l'expert doit dresser *préalablement* un procès-verbal constatant l'état des lieux relativement aux travaux que le propriétaire déclarera *avoir dessein de faire;* et ce procès-verbal doit, d'après l'article 38, être inscrit *avant le commencement des travaux*.

53. La loi prescrit une seconde expertise après que les travaux sont terminés. Il faut, dit l'article 27, que les ouvrages aient été, dans les six mois au plus de leur perfection, reçus par un expert également nommé d'office. Ce second procès-verbal constate la valeur que le fonds a après l'achèvement des travaux; en comparant cette valeur avec celle que le fonds avait lorsque les travaux ont commencé, on peut constater, moyennant une simple soustraction, quelle est la plus-value que les ouvrages ont procurée au fonds.

La seconde expertise doit se faire *dans les six mois au plus* de la perfection des ouvrages. C'est également une condition requise pour l'existence du privilége. Le délai est de rigueur, puisque la loi dit *au plus*. Nous avons dit le motif de cette rigueur (n° 49). La loi veut une évaluation exacte dans l'intérêt des créanciers qui seront primés par les ouvriers jusqu'à concurrence de la plus-value qu'ils ont procurée au fonds; il faut pour cela que les ouvrages soient estimés dès qu'ils sont achevés.

Nous disons que le délai est fatal; cela suppose que les

travaux ont été régulièrement continués et achevés. Si le marché est résilié par sentence du juge avant que les travaux soient terminés, on n'est plus dans l'hypothèse prévue par la loi. Les six mois ne peuvent plus courir à partir de la perfection des ouvrages, ni même à partir de la demande en résiliation; l'action suspend bien la continuation des travaux, mais on ne peut pas dire qu'ils soient abandonnés, la continuation ou l'abandon des travaux dépendant du jugement qui interviendra sur la résiliation du marché. Il a été jugé que, dans ces circonstances, le délai de six mois n'avait commencé à courir qu'à partir du jugement qui avait statué sur les malfaçons et fixé le solde des travaux. Sur le pourvoi, la chambre des requêtes décida que l'arrêt attaqué avait fait une saine application de la loi aux faits de la cause (1).

34. L'article 27 ajoute : « Le montant du privilége ne peut excéder les valeurs constatées dans le second procès-verbal. » Quelles sont les *valeurs* dont la loi parle? Ce n'est pas la valeur de tout le fonds augmentée par les travaux, c'est la plus-value du fonds constatée, non par le second procès-verbal seul, mais par les deux procès-verbaux. D'ordinaire la plus-value sera moindre que la dépense; la créance des architectes ne sera privilégiée, dans ce cas, que jusqu'à concurrence de la plus-value; le montant du privilége ne peut pas dépasser la cause qui a fait privilégier la créance; les ouvriers seront créanciers privilégiés jusqu'à concurrence de la plus-value et créanciers chirographaires pour l'excédant de leur créance.

D'après l'article 27, le montant du privilége est réduit à la plus-value existante à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et résultant des travaux qui y ont été faits. Les procès-verbaux dressés par les experts constatent la valeur donnée au fonds par les travaux de l'architecte au moment où les ouvrages sont achevés. Mais les créanciers ne profitent de cette plus-value que si elle existe encore lors de la déconfiture du débiteur; si elle a diminué, le montant du privilége doit se réduire à la valeur précise que les tra-

(1) Rejet, 18 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 89).

vaux ont conservée au moment où le fonds est vendu. C'est une conséquence du principe sur lequel le privilége de l'architecte repose; il est préféré aux autres créanciers parce que ceux-ci s'enrichissent de ses travaux; or, ils ne s'en enrichissent que par le prix qu'ils en retirent et qui leur est distribué lors de l'aliénation de l'immeuble.

55. Il y a encore une autre restriction dans les termes de l'article que nous venons de transcrire; les entrepreneurs n'ont de privilége que pour la plus-value qui résulte de leurs travaux. Il se peut qu'il y ait une augmentation de valeur provenant de causes étrangères aux ouvrages du créancier privilégié, telles que la construction d'un chemin de fer; on n'en tiendra aucun compte dans l'évaluation du montant du privilége. Vainement dirait-on que les travaux, ayant augmenté la valeur de l'immeuble, ont par cela même contribué à augmenter la plus-value due aux communications nouvelles. En théorie, l'objection est fondée, mais le texte de la loi ne permet pas d'y faire droit, puisqu'il limite expressément le privilége à la plus-value *résultant des travaux*; or, les priviléges sont de droit étroit, et on doit les interpréter restrictivement. Par contre, si, par des circonstances accidentelles, le fonds avait diminué de valeur, le privilége des ouvriers n'en subsisterait pas moins quand la valeur produite par leurs travaux subsiste, toujours dans la limite de la plus-value qui en résulte (1).

56. Il se présente quelques difficultés dans l'application de la loi; à vrai dire, ce sont les interprètes qui les ont créées, car la loi est très-claire. Le propriétaire a payé une partie de la créance des ouvriers, et il se trouve que la plus-value lors de l'aliénation de l'immeuble ne suffit point pour les désintéresser : ils ont donc une créance privilégiée et une créance chirographaire. Sur laquelle de ces créances imputera-t-on les à-compte qu'ils ont reçus? Si les auteurs qui ont soulevé cette question avaient lu le texte de la loi, ils se seraient épargné la peine de discuter une difficulté imaginaire. Est-ce qu'il est question d'imputation

(1) Duranton, t. XIX, p. 255, n° 190, et tous les auteurs, sauf Mourlon. (Pont, t. I, p. 206, n° 213; Aubry et Rau, t. III, p. 176, note 37, § 263.)

quand il n'existe qu'une seule dette? L'article 1253 répond qu'il y a lieu à imputation lorsque le débiteur a *plusieurs dettes* et qu'il fait un payement partiel. Est-ce que l'architecte a *plusieurs* créances contre le maître? La question est un non-sens; tout ce que l'article 27 dit, c'est que l'architecte a un privilége pour la plus-value résultant de ses travaux; il se peut donc qu'il soit tout ensemble créancier chirographaire et créancier privilégié; cela ne prouve point qu'il ait deux créances, donc il n'y a pas lieu à imputation (1).

56 *bis*. La seconde difficulté est également imaginaire. On demande si l'article 27 s'applique aux travaux de conservation : les ouvriers n'ont-ils un privilége que pour la plus-value qui en résulte? ou toute leur créance est-elle privilégiée? On a répondu à la question par une autre question. Elle suppose qu'il y a un privilége de conservation ou de dépenses nécessaires, distinct du privilége de plus-value ou de dépenses utiles : où est la loi qui établit ce privilége? et y a-t-il un privilége, c'est-à-dire une cause légale de préférence sans loi? La question implique une hérésie juridique; cependant la cour de cassation a consacré cette hérésie par le mauvais arrêt que nous avons déjà critiqué (n° 46). Qu'importe que Pothier ait enseigné la distinction entre les impenses utiles et les impenses nécessaires? Pothier avait raison, et les auteurs du code ont eu tort de ne pas reproduire sa doctrine; mais cela ne donne pas aux interprètes le droit de refaire la loi, en créant un privilége que la loi ignore (2).

57. Nous avons dit que les entrepreneurs n'avaient de privilége que sous les conditions déterminées par la loi (3). La jurisprudence est en ce sens, et il ne devrait pas y avoir de jurisprudence sur un point qui est décidé par le texte du code. Il s'est cependant trouvé une cour qui s'est mise au-dessus de la loi. La cour de Bastia, se fondant sur l'usage général suivi dans cette ville, et on peut dire par-

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 175, note 34, § 263.
(2) Martou, t. II, p. 222, n° 597; Aubry et Rau, t. III, p. 175, note 33, et les auteurs en sens contraire qu'ils citent.
(3) Voyez les arrêts cités par Pont, t. I, p. 210, n° 21.

tout, de ne pas faire d'expertises, avait néanmoins accordé le privilége aux ouvriers. L'arrêt a été cassé, et il devait l'être, puisqu'il violait l'article 2103 : « Attendu, dit la cour, que les priviléges sont de droit étroit et n'existent que sous les conditions déterminées par la loi; attendu que l'article 2103, 4° (loi hyp., art. 27, 5°), subordonne l'acquisition du privilége du constructeur à l'accomplissement des formalités qu'il prescrit pour assurer aux anciens créanciers la conservation de leur gage par la constatation de l'état des lieux avant les constructions nouvelles et pour limiter le privilége du constructeur à la plus-value résultant de ses travaux. » Or, dans l'espèce, il n'y avait eu aucun procès-verbal, et néanmoins la cour avait accordé le privilége au constructeur; elle avait donc violé la loi (1). Si ce principe est incontestable, il donne cependant lieu à des difficultés dans l'application; nous les examinerons en traitant de la conservation des priviléges.

ARTICLE 2. Du rang des priviléges immobiliers.

58. La loi ne dit rien du rang des priviléges immobiliers, tandis qu'elle a un paragraphe spécial consacré au concours des priviléges mobiliers. Quelle est la raison de ce silence? La commission spéciale l'explique dans son rapport : « Quoique le rang de ces priviléges n'ait pas été fixé par le code civil, on est généralement d'accord que les dispositions légales, actuellement en vigueur, sont à peu près suffisantes pour prévenir toute difficulté sérieuse sur l'ordre dans lequel ils doivent s'exercer. Ces difficultés disparaîtront encore davantage si l'on adopte le projet de la commission, qui n'admet que les frais de justice comme privilégiés sur les immeubles, et qui s'est efforcée, en outre, de restreindre le long effet rétroactif dont jouissaient certains priviléges, tels que ceux du vendeur et de l'architecte; ce qui pouvait facilement amener des conflits entre les divers créanciers, conflits qui ne peuvent plus se représenter d'après le projet de la commission (2). »

(1) Cassation, 11 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 1, 9).
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 33).

Le projet de la commission a été adopté par les chambres en ce qui concerne les privilèges généraux sur les meubles et les immeubles. Quant à la rétroactivité des priviléges, la loi nouvelle ne l'admet explicitement que pour les entrepreneurs et architectes, et, à notre avis, elle la rejette tacitement pour les priviléges qui se conservent par la transcription. Nous reviendrons sur tous ces points. Il nous reste à prouver ce que dit la commission, que le concours des priviléges immobiliers ne donne lieu à aucune difficulté; pour mieux dire, le concours véritable, c'est-à-dire le conflit n'existe point.

59. Aux termes de l'article 21, le privilége des frais de justice prime toutes les créances dans l'intérêt desquelles ils ont été faits. Ce principe n'est établi que pour les priviléges mobiliers, mais il s'applique aussi aux priviléges immobiliers. En effet, il résulte de la nature des frais de justice et de la qualité de la créance à laquelle la loi attache ce privilége. Si les frais de justice priment les créanciers dans l'intérêt desquels ils sont faits, c'est parce que les créanciers doivent faire ces frais pour réaliser leur créance et, partant, leur privilége, s'ils sont privilégiés; il est de toute équité qu'ils payent ces frais avant d'être payés eux-mêmes, puisque, sans ces frais, ils n'auraient pas obtenu leur payement. Cela s'applique à tous les priviléges, immobiliers ou mobiliers. L'article 21 établit donc un principe général, quoiqu'il soit placé sous une rubrique spéciale (1).

60. L'article 2103, après avoir accordé un privilége au vendeur, ajoute : « S'il y a plusieurs ventes successives dont le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de suite. » Cette disposition n'a pas été reproduite par la loi nouvelle. Est-ce à dire que le législateur belge ait dérogé au code civil? Non, certes; la commission spéciale dit, dans son rapport, que la disposition qu'elle proposait de retrancher était inutile. C'est une conséquence des principes que la loi établit sur la conservation des priviléges. Le vendeur privilégié a un droit dans l'immeuble

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 228, n° 610.

vendu. Cet immeuble est grevé d'un droit réel immobilier, et, par conséquent, démembré au profit du vendeur; si l'acheteur le revend, il le revend démembré; en le revendant, il acquiert lui-même un privilége sur l'immeuble ainsi démembré. Ce second privilége ne peut donc être exercé qu'après le premier, car il ne porte que sur un immeuble démembré au profit du premier. Voilà, en apparence, une exception au principe d'après lequel les priviléges s'estiment par leur cause, et non par leur date, et au principe que les créanciers privilégiés de même rang sont payés par concurrence, sans tenir compte de la date à laquelle ils ont pris naissance (art. 13 et 14). Il s'agit, dans l'espèce, de priviléges de même qualité, il est vrai, mais portant sur des biens différents; le premier vendeur exerce son droit avant le second, parce que le droit du premier porte sur une portion de l'immeuble qui n'est point affectée à la créance du second vendeur, car celui-ci exerce son privilége sur la portion de l'immeuble qui n'est point démembrée par le privilége du premier vendeur. A vrai dire, il n'y a pas de conflit, car les deux priviléges ne s'exercent pas sur la même chose.

61. Ce que le code dit de plusieurs vendeurs successifs de la même chose s'applique quand la chose est l'objet de plusieurs actes successifs, translatifs ou déclaratifs de propriété, donnant chacun naissance à un privilége. Je vends un immeuble : l'acheteur l'échange ou en fait donation. Le vendeur a un privilége et l'acheteur qui l'échange ou qui le donne a un privilége sur le même immeuble. Y a-t-il concours et conflit? Non, il y a des priviléges qui s'exercent successivement sur une chose différente, le second créancier n'ayant de privilége que sur un immeuble démembré au profit du premier. Il en serait de même si le vendeur était en concours avec un copartageant de l'immeuble vendu. Il y a alors deux priviléges d'une qualité différente, l'un procédant d'un acte qui a mis l'immeuble dans le patrimoine du débiteur, l'autre établi pour maintenir l'égalité entre copartageants; mais peu importe la qualité, quand même on estimerait la qualité du privilége de garantie plus favorable que celle du prix de vente, le vendeur l'emporterait néanmoins; il n'y a pas de conflit véritable entre le

copartageant et le vendeur, parce que le droit du copartageant ne s'exerce que sur l'immeuble démembré au profit du vendeur. Si le partage avait précédé la vente, le copartageant, créancier d'un droit de soulte ou de garantie, serait préféré à l'acheteur par la même raison. Il y a encore un autre motif, dans ce cas, de le décider ainsi, c'est qu'il n'y a pas concours entre créanciers d'un même débiteur; le débiteur du copartageant, c'est le communiste qui a figuré au partage, et le débiteur du communiste, devenu vendeur, c'est le tiers acheteur. Ainsi ce sont deux droits distincts quant à la personne contre laquelle ils s'exercent; dès lors il n'y a pas concours entre créanciers du même débiteur; partant, les articles 13 et 14 (code civil, art. 2096 et 2097) qui régissent ce concours sont hors de cause: le droit le plus ancien doit donc l'emporter (1).

62. Y a-t-il un conflit possible entre le vendeur de l'immeuble sur lequel un architecte acquiert un privilége pour cause de travaux? Non, car leurs droits s'exercent sur des valeurs différentes; le vendeur a un privilége sur l'immeuble, sans y comprendre les améliorations, et l'architecte a privilége sur les améliorations, sans y comprendre la valeur du fonds; ainsi, quoique le débiteur, dans ce cas, soit le même, la chose grevée du privilége diffère. C'est dire qu'il n'y a point de conflit entre les deux créanciers privilégiés, chacun d'eux exerce son droit sur la partie de l'immeuble qui est affectée à sa créance.

Il y a un arrêt de la cour de Paris en ce sens; mais la décision a été critiquée, et avec raison, en ce qui concerne le règlement des intérêts respectifs du vendeur et de l'architecte. Le vendeur n'exerce pas son privilége pour le prix de vente porté en son contrat; il ne peut réclamer son privilége que sur la valeur constatée par le premier procès-verbal que l'architecte a fait dresser avant le commencement des travaux; en effet, la loi attribue à l'architecte le surplus de la valeur que l'immeuble acquiert par ses travaux; si, lors de la vente de l'immeuble, le prix d'adjudication est inférieur au prix primitif, il se partagera,

(1) Troplong, n° 81. Martou, t. II, p. 228, n° 611.

toujours en vertu de la loi, entre le vendeur et l'architecte, de manière que l'architecte prenne ce que l'acheteur lui donne, la plus-value résultant de ses travaux et existant lors de la vente, et le vendeur le surplus. On ne tient donc jamais compte, comme le veut la cour de Paris, du prix primitif de l'immeuble; s'il n'y avait pas eu de travaux, le vendeur aurait perdu, par suite de la dépréciation de l'immeuble, une partie de son gage; il doit aussi supporter cette perte lorsqu'il y a des travaux, car les travaux ne peuvent profiter qu'à l'architecte qui les fait (1).

63. Y a-t-il un conflit possible entre l'échangiste, le donateur, le copartageant et l'architecte? Non, par les raisons que nous venons de dire (n° 62); la situation des parties est identique, donc la solution doit être la même.

64. Le maître peut employer plusieurs entrepreneurs ou ouvriers pour les travaux qu'il exécute sur son fonds; il résulte de là un concours, mais non un conflit, s'il s'agit d'un seul et même ouvrage, de la construction d'une maison, par exemple. C'est le cas d'appliquer le principe de l'article 14 : tous les ouvriers ont un seul et même privilége, qu'ils exerceront par concurrence. En effet, ils ont tous un privilége sur la plus-value résultant de leurs travaux; cette plus-value ne s'estime pas séparément pour les divers travaux des maçons et des charpentiers, il n'y a pas deux plus-values, il n'y en a qu'une. Cette plus-value se partage entre tous ceux qui l'ont procurée, à raison du montant de leurs créances.

Il en serait autrement si des travaux avaient été exécutés par le propriétaire à diverses époques. Dans ce cas, il y aura autant de plus-values que d'ouvrages différents. Est-ce à dire qu'il y ait concours et conflit entre les entrepreneurs qui l'ont procurée? Non, car l'objet de leur privilége est différent. Chacun exercera le sien sur la plus-value constatée par les procès-verbaux qui ont dû être dressés (2).

65. Les bailleurs de fonds sont subrogés au privilége des créanciers qu'ils ont payés de leurs deniers. On applique

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 228, n° 612.
(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 227, n° 609.

donc les principes qui régissent la subrogation. Il en résulte que le créancier qui ne reçoit qu'un payement partiel est préféré, pour le restant de la créance, au subrogé qui l'a payé. Que faut-il décider si le créancier reçoit son payement de plusieurs bailleurs de fonds? Ils viennent en concurrence quand ils ont fait ces payements en même temps. S'ils ont payé le créancier à des dates différentes, il se présente une difficulté très-sérieuse, celle de savoir si le créancier peut céder son droit de préférence au second subrogé. Nous avons examiné la question au titre des *Obligations* (1) (t. XVIII, nos 132 et 137).

ARTICLE 3. Comment se conservent les priviléges immobiliers.

§ Ier. *Notions générales.*

66. « Entre les créanciers, les priviléges *ne produisent d'effet* à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur » (art. 29; code civil, art. 2106). L'article 81 (code civil, art. 2134) contient une disposition analogue pour les hypothèques : « Entre les créanciers, l'hypothèque n'a de *rang* que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur. » Ce que l'article 81 appelle *rang*, l'article 29 l'appelle *effet*; l'effet de l'inscription est de déterminer le rang des créanciers. Toutefois cela n'est pas vrai d'une manière absolue pour les priviléges. En principe, le privilége, une fois conservé, prime tous les créanciers hypothécaires, même ceux qui auraient pris inscription avant le créancier privilégié (art. 12). C'est pour cela que la loi, en parlant des priviléges, se sert du mot *effet*, et non du mot *rang*. Nous dirons plus loin en quel sens les créanciers privilégiés l'emportent sur les créanciers hypothécaires.

La loi dit en termes généraux : *entre les créanciers*, ce qui comprend même les créanciers chirographaires. En principe, tous les créanciers sont sur la même ligne, le pa-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 484, notes 4 et 5, § 291.

trimoine du débiteur étant leur gage commun. La règle reçoit exception quand il y a des créanciers hypothécaires ou privilégiés, mais les priviléges n'ont d'*effet* que par l'inscription ; donc le créancier privilégié ne jouit de son droit de préférence que lorsque le privilége a été rendu public.

Il y a encore un autre effet attaché aux priviléges ainsi qu'aux hypothèques, c'est le droit de suite. Aux termes de l'article 96 (code civil, art. 2166), « les créanciers ayant privilége ou hypothèque *inscrits* sur un immeuble le suivent, dans quelques mains qu'il passe, pour être colloqués ou payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ». Le droit de suite est donc subordonné à l'inscription, aussi bien que le droit de préférence. En définitive, tous les effets des priviléges et des hypothèques dépendront de l'inscription. En ce sens on dit que la publicité est la base de notre régime hypothécaire.

67. Au chapitre des *Hypothèques,* nous exposerons les origines historiques de la publicité et le complément que notre loi hypothécaire a donné à ce principe fondamental, en y soumettant les hypothèques légales des mineurs, des interdits et des femmes mariées, c'est-à-dire en organisant une publicité complète sans aucune exception. Pour le moment, il suffit d'indiquer les motifs de la publicité ; ils se confondent avec ceux que nous avons développés en expliquant les dispositions préliminaires de la loi nouvelle. La publicité des transactions immobilières se lie intimement à la publicité des priviléges et hypothèques : le but est identique, c'est d'assurer le crédit des propriétaires d'immeubles, en donnant aux tiers acheteurs ou créanciers hypothécaires une connaissance complète de la situation du débiteur avec lequel ils traitent. Il y a des créanciers qui ne stipulent pas des garanties réelles, ils se contentent du gage que leur présente le patrimoine du débiteur ; mais au moins faut-il qu'ils puissent s'assurer que ce gage est réel, que les biens ne sont pas sortis du patrimoine de celui avec lequel ils contractent et qu'ils ne sont pas grevés de priviléges et d'hypothèques qui absorberaient leur gage, si le débiteur tombait en déconfiture. C'est dans ce but que la loi prescrit la publicité des actes translatifs de droits réels

immobiliers et la publicité des charges qui grèvent les biens; la transcription et l'inscription se complètent l'une l'autre et concourent à donner aux tiers une connaissance complète de la solvabilité du débiteur. Ceux qui traitent avec un propriétaire, en stipulant des garanties réelles, ont le même intérêt: à quoi leur servirait l'hypothèque qui doit garantir le payement de leurs créances, s'ils se voyaient primés par des créanciers antérieurs dont ils n'auraient pu connaître les droits, les hypothèques et les priviléges, nous le supposons, étant occultes? Ce qui devrait être une garantie deviendrait un leurre; et, dans ces conditions, les capitalistes ne prêteront pas leurs fonds, ou ils ne les avanceront qu'à des conditions ruineuses pour l'emprunteur, afin de se dédommager par l'énormité du bénéfice du danger qu'ils courent de perdre leur capital. La publicité la plus complète peut seule garantir leurs droits; et quand ils peuvent traiter en sûreté avec le propriétaire, les conditions du crédit qu'ils lui accordent deviennent plus favorables. Ainsi le crédit du propriétaire dépend des garanties qu'il offre aux bailleurs de fonds, et ces garanties sont attachées à la publicité. Or, le crédit des propriétaires intéresse la société, puisqu'il leur offre des moyens de se livrer à des entreprises agricoles ou industrielles. La richesse publique est dans un rapport nécessaire avec la richesse particulière, et la richesse des peuples est un élément essentiel de leur civilisation.

68. La publicité n'est prescrite que pour les priviléges immobiliers. Pourquoi la loi n'ordonne-t-elle pas la publicité des priviléges sur les meubles? Les tiers acheteurs sont intéressés à la publicité des priviléges et des hypothèques, parce que les droits qui affectent les immeubles démembrent la propriété et exposent les tiers possesseurs à être évincés. Ceux qui achètent des objets mobiliers ne sont pas exposés à ce danger, ils sont à l'abri de toute éviction dès qu'ils sont de bonne foi, parce que les meubles n'ont pas de suite et que le tiers possesseur peut repousser les actions réelles que l'on intenterait contre lui par le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre.

Restent les tiers créanciers qui traitent avec le débiteur

sur la foi de sa richesse mobilière. Ils ont un intérêt incontestable à connaître les priviléges qui les primeront, et qui peuvent leur enlever une grande partie du gage sur lequel ils comptaient pour être remboursés de leurs créances. S'il y a des tiers intéressés à la publicité des priviléges mobiliers, pourquoi la loi ne l'a-t-elle pas ordonnée? La difficulté de l'organiser a arrêté le législateur; les plus usuels des priviléges sont les priviléges généraux, et ces priviléges sont accordés à des créances qui se forment tous les jours, telles que les fournitures de subsistances, les frais de dernière maladie; telles sont aussi, parmi les priviléges spéciaux, les fournitures d'un aubergiste; la nécessité de les rendre publiques pour jouir du privilége aurait abouti à rendre les priviléges illusoires. Ce n'est plus une faveur ni une garantie que celle qui est subordonnée à des formalités multipliées qu'il faudrait remplir tous les jours.

La difficulté d'organiser la publicité n'est cependant pas un motif péremptoire pour ne pas la prescrire; ce qui le prouve, c'est que la loi belge a subordonné à la condition de publicité le privilége du vendeur d'une machine, quand la machine est immobilisée; il en est de même des frais de conservation des machines et appareils employés dans les établissements industriels (t. XXIX, n[os] 487-492). Il y a donc des priviléges mobiliers dont la publicité n'aurait pas été plus difficile que celle des priviléges immobiliers. Mais il en serait résulté des frais, devant lesquels les créanciers auraient presque toujours reculé; de sorte que les priviléges les plus légitimes auraient risqué de périr, faute de publicité.

Il y a une dernière considération qui explique la différence que la loi met entre les priviléges mobiliers et les priviléges immobiliers, c'est que les uns ont moins d'importance que les autres, parce que ce sont de petites créances dont il ne résulte pas un préjudice notable pour les tiers qui contractent avec le débiteur : ils doivent s'attendre à être primés par les domestiques, les commis, les ouvriers, les fournisseurs, les médecins. C'est la loi qui établit tous les priviléges, et les plus usuels ne sont ignorés de personne. Les priviléges immobiliers, au contraire, ont une

importance plus grande; l'intérêt privé et l'intérêt public exigent qu'ils soient portés à la connaissance des tiers, le crédit du propriétaire en dépend; tandis que le crédit ne se mesure guère d'après la richesse mobilière, au moins celle qui est de nature à être connue.

69. La règle que les priviléges immobiliers sont soumis à la publicité reçoit une exception pour les frais de justice (art. 29) : ils priment tous les créanciers dans l'intérêt desquels ils sont faits, même les créanciers privilégiés sur les immeubles, sans qu'ils soient rendus publics. La raison en est simple : les priviléges sont rendus publics pour avertir les tiers qu'ils seront primés par certaines créances auxquelles la loi attache ce droit de préférence. Or, les créanciers hypothécaires ou privilégiés, dans l'intérêt desquels se font les frais de justice, n'ont pas besoin d'être avertis de l'existence de ce privilége, parce que eux-mêmes font les frais, ou ils savent qu'ils se font; car il est impossible qu'ils exercent leur droit de préférence sans faire des frais de conservation, de vente et de distribution des deniers.

70. Après avoir établi en principe que les priviléges se conservent par l'inscription, de même que les hypothèques, la loi ajoute que les priviléges qui naissent d'actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers se conservent par la transcription de ces actes : ce sont les priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et des copartageants. Cela veut-il dire que ces priviléges ne se conservent pas par l'inscription, de sorte qu'il y aurait des priviléges qui doivent être inscrits et d'autres qui ne doivent pas l'être, puisque la transcription les conserve? La question est controversée, nous allons y revenir. En admettant même que ces priviléges peuvent être inscrits, il est certain que, de fait, on ne les inscrit point, parce que les créanciers n'y ont aucun intérêt, leurs droits étant sauvegardés par la transcription; et ils ne sont pas même compromis, en supposant qu'il n'y ait pas de transcription, car, dans ce cas, les créanciers sont considérés comme propriétaires à l'égard des tiers; nous reviendrons sur ce point.

En disant que les priviléges n'ont d'effet que s'ils ont été

inscrits, la loi s'exprime d'une manière trop absolue, puisque les priviléges les plus importants, les plus usuels se conservent par cela seul que l'acte d'où ils naissent a été transcrit. L'inscription, comme moyen de conservation des priviléges, au lieu d'être la règle, est plutôt une exception à la règle. La loi admet cinq priviléges immobiliers (article 27), et de ces cinq priviléges il y en a quatre qui se conservent par la transcription. C'est donc la transcription plutôt que l'inscription qui est la condition générale requise pour la conservation des priviléges. Au premier abord on ne s'explique pas la rédaction de la loi. Pourquoi poser comme règle générale la nécessité de l'inscription, alors que sur cinq priviléges il n'y en a qu'un qui doive être inscrit? Et pourquoi la loi n'a-t-elle pas maintenu la règle de l'inscription pour les priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et des copartageants? Cette question n'est pas sans difficulté; il nous faut voir d'abord en quel sens la transcription conserve les priviléges qui procèdent d'actes translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière.

§ II. *Des priviléges qui se conservent par la transcription.*

71. « Le vendeur conserve son privilége par la transcription du titre qui a transféré la propriété et qui constate que la totalité ou partie du prix lui est due » (art. 30). Ainsi la transcription ne conserve le privilége du vendeur que sous une condition, c'est que l'acte transcrit constate l'existence du privilége, en mentionnant que le prix reste dû en tout ou en partie. Le but de la transcription, comme celui de l'inscription, est de faire connaître aux tiers que l'immeuble vendu est grevé d'un privilége et quel est le montant de ce privilége. Lorsque la publicité se fait par voie d'inscription, le créancier qui la requiert doit remettre au conservateur un bordereau qui indique le montant du capital et des accessoires de la créance pour laquelle l'inscription est requise (art. 83, 4°; code civil, art. 2148, 4°). La transcription tient lieu d'inscription (art. 34); elle doit

donc contenir les mêmes indications dans l'intérêt des tiers. D'ailleurs la transcription est suivie d'une inscription d'office prise par le conservateur des hypothèques d'après l'acte qu'il a transcrit; il faut, par conséquent, que cet acte contienne toutes les mentions que la loi exige pour l'inscription.

Quelle est la mention que l'acte doit contenir? Que le prix est dû. Il faut donc d'abord que l'acte de vente indique le prix, c'est-à-dire la somme d'argent pour laquelle l'immeuble est vendu; puis il doit constater que ce prix n'est point payé. Si l'acte ne contient pas ces mentions, la transcription en serait inopérante, puisqu'elle n'apprendrait pas aux tiers que l'immeuble est grevé d'un privilége, ou ne leur ferait pas connaître le montant de la créance privilégiée; ce qui est un élément essentiel de la publicité, les tiers ayant intérêt à connaître non-seulement l'existence du privilége, mais encore le montant de la créance par laquelle ils seront primés.

Le prix peut aussi, au moins pour partie, consister en charges; si ce sont des prestations pécuniaires, il n'y a aucune difficulté, l'acte fera nécessairement connaître le montant des charges, par cela seul qu'il les mentionne. Mais la charge peut consister dans des prestations de denrées ou dans une obligation de faire : faut-il, dans ce cas, que les charges soient liquidées, c'est-à-dire évaluées en argent? La question est controversée. Il a été jugé que la mention de la charge suffit, puisque la loi n'exige pas autre chose (1). Cela nous paraît très-douteux. Il est vrai qu'en matière de priviléges tout est de stricte interprétation, et on ne peut pas exiger des conditions que la loi ne prescrit point, ni ajouter à celles qu'elle prescrit. Mais on peut et on doit interpréter le texte d'après l'esprit de la loi. Or, qu'est-ce que la loi veut? Que le prix soit mentionné, et qu'il soit dit dans l'acte si le prix ou partie du prix reste dû. Le prix consiste en argent; voilà pourquoi la loi n'exige pas une évaluation; si le prix consiste, en tout ou en partie, dans des prestations, ces prestations doivent être liquidées, sinon les tiers ne sauront

(1) Rejet, 12 juin 1855 (Dalloz, 1855, 1, 314).

pas quelle est la créance privilégiée. Sous l'empire du code civil, cela pouvait paraître douteux, mais notre loi est plus précise et plus exigeante, elle veut la publicité la plus complète; voilà pourquoi elle subordonne l'existence même du privilége à la mention exacte de la créance dans l'acte; si la créance n'est pas liquide, les parties doivent la liquider; si elle est éventuelle, les parties doivent en faire une appréciation approximative (art. 27, n°s 2, 3 et 4, et art. 31 et 32). Le mot *prix* doit être interprété dans le même sens; si donc il consiste en charges, il doit être fixé en argent, sinon la publicité est incomplète; et, dans l'esprit de la loi, elle doit être complète (1).

La question présente une autre difficulté. Les auteurs et la jurisprudence supposent qu'il y a vente lorsque le prix consiste en charges non pécuniaires. A notre avis, c'est un contrat innomé; et, les priviléges étant de la plus stricte interprétation, on ne peut pas étendre à un contrat innomé le privilége que la loi accorde au prix de vente; donc le prétendu vendeur n'aura pas de privilége, il pourra seulement demander la résolution du contrat en vertu de la condition résolutoire tacite sous-entendue dans les contrats synallagmatiques (art. 1184). Telle serait une convention par laquelle l'acquéreur d'un immeuble s'oblige à entretenir le vendeur pendant sa vie. La charge consiste dans une obligation de faire; or, une obligation pareille n'est pas un prix : il y a contrat innomé, il n'y a pas de vente (t. XXIV, n° 70). Les charges, d'après la rigueur des principes, ne donnent lieu à un privilége que lorsqu'elles sont un accessoire du prix stipulé en argent; elles se confondent, dans ce cas, avec le prix.

72. « Les copermutants conservent réciproquement leur privilége sur les immeubles échangés par la transcription du contrat d'échange constatant qu'il leur est dû des soultes, retours de lots ou une somme, à titre de dommages-intérêts, en cas d'éviction » (art. 31). Pour que le privilége de l'échangiste se conserve par la transcription, il faut que

(1) Martou, t. II, p. 254, n° 640. En sens contraire, Pont, t. I, p. 280, n° 267, et Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 496, n°s 815 et 816.

l'acte fasse connaître la créance privilégiée et le montant de cette créance. Le principe et le motif du principe sont les mêmes que ceux que nous venons de donner pour le vendeur (n° 71). Pour le privilége de soulte il n'y a pas de difficulté, puisque la soulte consiste régulièrement en argent. Quant au privilége pour cause d'éviction, la loi veut que l'acte contienne une somme fixe à titre de dommages-intérêts. Cela confirme l'opinion que nous avons adoptée pour les charges qui font partie du prix de vente. La loi veut une somme fixe afin que les tiers aient une connaissance exacte de la créance privilégiée. C'est l'application aux priviléges du principe de spécialité, lequel se lie intimement au principe de la publicité; il n'y a point de publicité quand les tiers n'apprennent point, par les registres du conservateur le montant de la créance.

73. « Le donateur conserve son privilége pour les charges pécuniaires ou autres prestations liquides, imposées au donataire, par la transcription de l'acte de donation constatant lesdites charges et prestations » (art. 32). C'est toujours l'application du même principe et la confirmation de notre doctrine concernant la vente (n° 71). Les charges, en matière de donation, répondent au prix en matière de vente; eh bien, la loi ne se contente pas de la mention des charges imposées au donataire, assimilé, sous ce rapport, au vendeur; elle veut que les charges soient connues des tiers d'une manière exacte; elle exige, en conséquence, que les prestations soient liquidées quand elles ne sont pas pécuniaires. Donc il en doit être de même pour les charges qui font partie du prix de vente, car les dispositions des articles 30 et 32 sont l'application d'un seul et même principe.

74. « Le cohéritier ou copartageant conserve son privilége par la transcription de l'acte de partage ou de l'acte de licitation » (art. 33). A quelle condition? La loi ne le dit pas. En conclura-t-on que le privilége serait conservé, alors même que l'acte de partage ne ferait pas connaître les créances privilégiées et le montant de ces créances? La question n'a point de sens. Il faut combiner l'article 33 avec l'article 27, 4°, qui détermine les conditions requises pour l'existence du privilége des copartageants. La loi ac-

corde un privilége pour soulte; il faut donc que l'acte de partage fasse connaître la soulte et le montant du retour de lot. La loi privilégie le prix de licitation; l'acte doit, par conséquent, indiquer le prix. Enfin l'indemnité en cas d'éviction est privilégiée; ici la loi exige une condition qui se lie à la conservation du privilége : l'acte doit contenir la stipulation d'une somme fixe pour le cas d'éviction; si cette clause ne s'y trouvait point, la transcription de l'acte de partage ne conserverait pas le privilége de garantie. Vainement l'héritier évincé dirait-il que l'article 33 ne prescrit pas cette condition, on lui répondrait que la transcription ne peut pas conserver un privilége qui n'existe point; or, le privilége de garantie, d'après l'article 27, n'existe que si l'indemnité due en cas d'éviction y est fixée.

75. Il y a encore un créancier privilégié dont le droit est conservé par la transcription des actes de vente, d'échange, de donation et de partage, c'est celui du bailleur de fonds subrogé à leurs droits. Cela implique que la subrogation est constatée dans l'acte de partage; la transcription de l'acte fera, dans ce cas, connaître aux tiers l'existence et le montant du privilége auquel le prêteur est subrogé (art. 34). La loi ajoute que le prêteur subrogé peut requérir la transcription, laquelle conservera son privilége; il est partie à l'acte, et il a intérêt à ce que la transcription se fasse pour que son privilége soit conservé; la loi a donc dû lui permettre de faire transcrire l'acte par lequel il est subrogé, et, la transcription faisant connaître son privilége, celui-ci est par cela même conservé. Si la subrogation n'est pas constatée par l'acte soumis à la transcription, le privilége ne sera pas conservé, puisqu'il n'est pas rendu public; le tiers subrogé devra, dans ce cas, inscrire la subrogation, conformément à l'article 5 de la loi hypothécaire.

76. Telles sont les dispositions de la loi concernant les priviléges qui se conservent par la transcription des actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, quand les priviléges procèdent de ces actes et y sont mentionnés. En attachant la conservation de ces priviléges à la tran-

cription, la loi entend-elle dire qu'ils ne se conservent pas par l'inscription? La loi ne dit pas cela. Elle commence par établir comme règle générale que les priviléges doivent être inscrits pour avoir effet entre les créanciers; donc tous les priviléges sont conservés par l'inscription; par conséquent aussi les priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant, à moins qu'il n'y ait une exception pour ces priviléges. Dira-t-on que l'exception existe dans les articles 30-34, d'après lesquels lesdits priviléges se conservent par la transcription? C'est faire dire à la loi ce qu'elle ne dit point; car dire que tels priviléges se conservent par la transcription, ce n'est pas dire que l'inscription ne les conserve point.

On fait une autre objection. L'inscription, dit-on, est inutile, si elle est faite après la transcription, car la transcription suffit pour conserver le privilége. Cette question est une de ces hypothèses d'école qui n'ont point de sens, parce qu'elles ne se présentent jamais : est-ce qu'un créancier ira prendre inscription, c'est-à-dire faire des frais pour conserver un droit qui est conservé par la transcription (art. 34)? Il ne peut donc s'agir que d'une inscription prise avant la transcription. Cette question aussi n'a point d'intérêt pratique. Il n'y a point de créancier qui soit disposé à faire des frais frustratoires; or, tant que la transcription des actes translatifs de propriété n'est point faite, la propriété n'est point transférée à l'égard des tiers (art. 1), et, par suite, la chose est encore dans le domaine de celui qui l'a aliénée; or, le propriétaire n'est pas intéressé à prendre inscription sur un immeuble que l'acquéreur ne peut grever d'aucun droit réel au profit des tiers, puisqu'il n'en est pas propriétaire à leur égard. Nous reviendrons sur ce point. Si l'on admet notre opinion, il est certain que l'inscription faite avant la transcription est inutile et frustratoire, et qu'aucun créancier ne la fera. Mais il y a controverse sur le principe, tel que nous l'entendons; et, dans le doute, le créancier privilégié, voyant que l'acquéreur ne transcrit point, voudrait conserver son privilége en le faisant inscrire. On demande s'il le peut.

Il y a un doute. L'inscription est prise pour conserver le droit réel que le privilége donne au créancier, droit en vertu duquel il est préféré aux autres créanciers du débiteur. Or, le vendeur peut-il avoir un privilége sur un immeuble qui est encore dans son domaine, à l'égard des tiers? Peut-on avoir un droit réel sur une chose dont on est propriétaire? Non. Donc l'inscription ne se conçoit point (1). Cela est vrai dans la subtilité du droit, mais cela est-il aussi vrai d'après le texte et l'esprit de la loi? Si le législateur avait été d'avis que le privilége du vendeur ne se conserve pas par l'inscription, il n'aurait pas posé comme règle que l'inscription conserve tous les priviléges; dans cette opinion, l'article 29 n'aurait plus de sens, car la loi ne connaît que cinq priviléges immobiliers; elle dit comment se conserve le privilége de l'architecte (art. 38); l'article 29 est donc étranger à ce privilége; restent ceux du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant; si ces priviléges ne se conservent pas par l'inscription, parce que la loi attache leur conservation à la transcription, à quels priviléges s'appliquera l'article 29? Il ne reste que le privilége des prêteurs subrogés; or, l'article 5 en prescrit la publicité et détermine le mode de publicité. En définitive, l'article 29 resterait sans application possible et serait une disposition sans objet. Il faut donc admettre que, dans la pensée du législateur, les créanciers privilégiés dont le droit se conserve par la transcription peuvent, avant que la transcription soit faite, prendre inscription sur l'immeuble grevé de leur privilége. Cela est-il contraire au principe que l'on ne peut avoir de droit réel sur sa chose? En fait, non; car le vendeur cesse d'être propriétaire à l'égard de l'acheteur dès la perfection de la vente; or, c'est contre l'acheteur qu'il prend inscription; en ce sens son inscription est valable; si des tiers sont en cause, par suite d'actes de disposition faits par l'acquéreur, cela ne peut pas invalider une inscription valable dans son principe. Ainsi il faut écarter l'objection que l'on oppose au

(1) Pont, t. I, p. 274, n° 263. Cloes, t. I, p. 504, n° 827. En sens contraire, Martou, t. I, p. 253, n° 638.

créancier qui veut prendre inscription ; il est créancier plutôt que propriétaire, car il a cessé d'être propriétaire à l'égard de l'acheteur.

Si nous insistons tant sur les vrais principes dans un débat qui n'a point d'intérêt pratique, c'est qu'il importe de préciser les idées dans la matière difficile de la conservation des priviléges. Les principes élémentaires nous aideront à résoudre des questions controversées et douteuses.

77. L'interprétation que nous donnons à l'article 29 fait naître une nouvelle difficulté. Il en résulte que les créanciers privilégiés, sauf l'architecte, ont deux moyens de conserver leur privilége, l'inscription et la transcription. Cette théorie se comprend difficilement. Si l'inscription conserve les priviléges, comme le dit l'article 29, c'est le créancier privilégié qui doit veiller à la conservation de son droit, car c'est le créancier qui requiert l'inscription (art. 2148; loi hyp., art. 83); et s'il le fait, la transcription, en ce qui le concerne, est inutile. Si c'est la transcription qui conserve le privilége, alors l'acheteur, c'est-à-dire le débiteur, conserve le privilége du créancier, car c'est lui qui requiert la transcription ; et, dans ce cas, l'inscription est inutile. Conçoit-on maintenant que la loi dise tout ensemble que le privilége se conserve par le débiteur et par le créancier? Le créancier dira qu'il n'a pas besoin de faire inscrire son privilége et de payer des frais de ce chef, puisque la loi dispose que son privilége est conservé par la transcription dont le débiteur doit supporter les frais. Et le débiteur, s'il ne veut pas faire la transcription dans son intérêt, ne la fera certes pas dans l'intérêt du créancier. Il n'y aura donc ni inscription ni transcription. Le système paraît certes singulier, et il faut donner une explication de cette singularité apparente. C'est ce que nous allons essayer de faire.

§ III. *But et effet de la transcription comme moyen de conserver les priviléges.*

78. Les articles 30-34 n'existaient pas dans le projet de la commission soumis aux délibérations des chambres.

Ils ont été introduits dans la loi sur la proposition du ministre de la justice, dans le but de prévenir les inconvénients qui résultent de la rétroactivité des priviléges quand la conservation en est attachée à l'inscription. Avant d'exposer le système nouveau proposé par le ministre et adopté par les chambres, il nous faut examiner le principe de la rétroactivité des priviléges, tel que la commission spéciale le formulait. Ce principe se rattache à l'article 12, dont nous avons ajourné l'explication. C'est par cette disposition que nous devons commencer l'examen des difficultés que présente la conservation des priviléges immobiliers.

79. Les priviléges ont-ils, de leur nature, un effet rétroactif? L'article 12 semble le dire en définissant le privilége : « C'est un droit que la *qualité* de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, *même hypothécaires.* » Si la *qualité* de la créance assure au créancier privilégié la préférence à l'égard des autres créanciers, la publicité est indifférente; peu importe la date à laquelle un privilége est rendu public, dès qu'il est conservé, il opère les effets qui sont attachés à la qualité de la créance; et, à raison de cette qualité, il est préféré à tous autres créanciers, même antérieurs. En ce sens, il est de la nature du privilége de rétroagir. Nous trouvons un exemple de cette rétroactivité dans le privilége de l'architecte. Il se conserve par l'inscription des deux procès-verbaux qui doivent être dressés pour que le privilége existe; et si l'inscription a été faite comme la loi le prescrit, l'architecte primera tous les créanciers hypothécaires inscrits avant lui. Cette préférence s'explique par la qualité de la créance privilégiée et par l'objet du privilége. L'architecte enrichit le patrimoine du débiteur commun ; il est donc juste qu'il soit payé sur le prix du fonds qu'il a amélioré par ses travaux jusqu'à concurrence de la plus-value qu'il lui a procurée. Le privilége rétroagit en ce sens qu'il prime des créances inscrites avant celle de l'architecte. Mais il n'y a dans cette rétroactivité aucune atteinte portée à des droits acquis; à vrai dire, les créanciers antérieurs et l'architecte exercent leur droit sur des valeurs différentes,

les créanciers antérieurs sur la valeur qu'a l'immeuble, indépendamment des travaux qui y ont été exécutés, et l'architecte sur la plus-value résultant des travaux; or, les créanciers postérieurs à l'inscription du premier procès-verbal n'ont pas pu compter sur cette plus-value, puisque, au moment où ils ont contracté, ils avaient connaissance du privilége que l'architecte acquerrait par ses travaux. Quant aux créanciers inscrits avant le premier procès-verbal, ils avaient, à la vérité, un droit sur les travaux d'amélioration, en ce sens que leur droit frappe ces améliorations; mais ils ne peuvent opposer ce droit qu'aux créanciers chirographaires, ils ne peuvent pas l'opposer aux créanciers privilégiés, car ce serait s'enrichir à leur préjudice, et personne ne peut s'enrichir, sans cause, aux dépens d'autrui.

80. La rétroactivité, ainsi entendue, se concilie avec les principes généraux de droit. Elle serait contraire à ces principes si les priviléges rétroagissaient en enlevant un droit acquis. Or, l'hypothèque, comme tout droit réel, donne au créancier un droit dans la chose; la propriété de l'immeuble hypothéqué est démembrée au profit du créancier hypothécaire, il ne peut pas être dépouillé de son droit par un privilége qui prendrait naissance alors que l'hypothèque est devenue efficace à l'égard des tiers par son inscription. En théorie, l'hypothèque inscrite doit l'emporter sur le privilége postérieur. Je suis propriétaire d'un immeuble hypothéqué; je le vends; la vente me donne un privilége sur cet immeuble. Ce privilége l'emportera-t-il sur l'hypothèque? Si l'on prenait l'article 12 à la lettre, il faudrait répondre que le vendeur, créancier privilégié, prime le créancier hypothécaire quand ils exercent leur droit sur le même immeuble. Cependant tout le monde s'accorde à dire que l'hypothèque primera le privilége. Mais on ne s'accorde pas sur le motif de décider. Le principe que nous venons de rappeler offre une explication très-simple de la préférence que l'on donne au créancier hypothécaire. Au moment où le privilége prend naissance par la vente de l'immeuble, cet immeuble est grevé d'une hypothèque inscrite; il est donc démembré au profit du créancier hypothécaire. Ainsi le privilége du vendeur vient frapper un immeuble démembré; c'est dire qu'il ne

frappe l'immeuble qu'en respectant le droit du créancier hypothécaire; donc celui-ci primera le vendeur sur le prix de l'immeuble à la fois grevé d'une hypothèque et d'un privilége (1).

Cela n'est pas contesté; la seule difficulté est de savoir si cette préférence que l'on accorde à un créancier hypothécaire sur un créancier privilégié est une dérogation au principe consacré par l'article 12. Nous ne disons pas que c'est une exception à la règle, car, si c'était une exception, elle devrait être formulée dans un texte, et il n'y en a pas. Nous disons que le privilége ne peut pas primer l'hypothèque dans tous les cas où il concourt avec une hypothèque inscrite au moment où le privilége prend naissance, parce que si le privilége l'emportait sur l'hypothèque, on enlèverait au créancier hypothécaire un droit acquis; or, le législateur maintient toujours les droits acquis. Le principe de l'article 12 ne peut donc recevoir d'application que lorsque le privilége concourt avec une hypothèque postérieure; dans ce cas, le privilége, quoiqu'il ne soit inscrit que postérieurement à l'hypothèque, l'emporte par sa nature, c'est-à-dire par la qualité de la créance. Nous dirons plus loin comment la loi nouvelle garantit les droits du créancier hypothécaire qui se trouve primé par un créancier privilégié, dont le droit n'était pas rendu public au moment de l'inscription de l'hypothèque.

Il y a une autre explication de la préférence qui appartient au créancier hypothécaire sur le privilége qui prend naissance alors que le droit du créancier hypothécaire est acquis à l'égard des tiers. On dit que, dans le cas que nous avons supposé, il n'y a réellement pas concours entre le créancier privilégié et le créancier hypothécaire, puisqu'ils ont un débiteur différent; le vendeur a pour débiteur l'acheteur, et le créancier hypothécaire a pour débiteur soit le vendeur, soit un propriétaire antérieur qui a contracté la dette hypothécaire. Or, le privilége, c'est-à-dire la préférence à l'égard d'autres créanciers hypothécaires, im-

(1) Duranton, t. XIX, p. 26, n° 26. Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 497, n° 1249, et *Examen critique*, t. I, p. 76, n° 29.

plique que les divers créanciers exercent leurs droits sur les biens du même débiteur. Quand ils exercent leurs droits sur les biens de débiteurs différents, ils ne concourent pas; on ne peut donc pas dire que l'un prime l'autre (1). Il nous semble que l'explication laisse à désirer : l'hypothèque, dans l'espèce, et le privilége frappent le même bien, c'est un seul et même prix qui est distribué entre le créancier privilégié et le créancier hypothécaire; en ce sens, ils concourent, et il y a conflit entre eux. On admet que le créancier privilégié est primé par le créancier hypothécaire, puisque celui-ci est payé sur le prix avant l'autre; donc il y a une apparente exception à l'article 12, qui dit en termes absolus que le créancier privilégié est préféré aux créanciers hypothécaires.

Une chose est certaine, quelle que soit l'explication que l'on adopte, c'est que le privilége ne rétroagit pas, dans le cas où il prend naissance alors que l'immeuble est grevé d'une hypothèque inscrite. Et c'est là tout ce que nous voulons constater. Si donc il est de la nature du privilége de rétroagir, ce ne peut être qu'en ce sens que le privilége prime les hypothèques qui sont établies postérieurement au moment où la créance privilégiée a pris naissance. C'est cette hypothèse que nous allons examiner. Les travaux préparatoires nous apprendront que les auteurs de la loi, bien loin de consacrer la rétroactivité des priviléges, ont organisé la conservation des priviléges de manière à sauvegarder tout ensemble les droits du créancier privilégié et les droits des tiers créanciers hypothécaires.

81. Le code civil n'admettait que trois priviléges, ceux du vendeur, du copartageant et de l'architecte; quant au privilége des bailleurs de fonds, qu'il classait parmi les priviléges immobiliers, ce n'était que la subrogation à un de ces trois priviléges; il se confondait donc avec eux. Nous avons dit en quel sens le privilége de l'architecte rétroagit, et nous y reviendrons encore en traitant de la conservation de ce privilége. Le privilége du vendeur se conservait par la transcription de l'acte de vente (art. 2108). Ce sys-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 10, n° 295.

tème, emprunté à la loi de brumaire, suppose que la transcription est requise pour que la vente ait effet à l'égard des tiers. C'était le principe consacré par le projet de code civil. Malheureusement le principe disparut, comme nous l'avons dit ailleurs, sans que l'on sache comment (t. XXIX, nos 28 et 29). Dès lors la conservation du privilége du vendeur par la transcription n'avait plus de raison d'être, et il était cependant écrit dans le code. De là des embarras inextricables. Le code civil disposait aussi que les priviléges se conservent par l'inscription, mais l'article 2106 portait que les priviléges n'avaient d'effet *qu'à compter de la date de cette inscription*. Comment concilier l'article 2106 avec l'article 2108? On le tenta vainement, la conciliation était impossible. L'article 2106 fut sacrifié; on l'interpréta en ce sens que le privilége du vendeur ne produisait, à la vérité, effet que lorsqu'il était inscrit; mais, qu'une fois inscrit, il primait tous les créanciers hypothécaires, même antérieurement inscrits. C'était la rétroactivité en plein : le privilége du vendeur restait occulte, la vente n'étant pas assujettie à la transcription; les tiers croyaient traiter en sécurité avec le propriétaire de l'immeuble; alors apparaissait subitement le vendeur, qui faisait inscrire son privilége et qui, par la qualité de sa créance, primait les hypothèques. Ce système violait la loi, car il était en opposition avec le texte formel de l'article 2106, et il en résultait un danger incessant pour les créanciers hypothécaires (1).

Le privilége du copartageant pour la soulte et le prix de licitation rétroagissait également. Ici il n'y avait aucun doute; le privilége devait être inscrit dans les soixante jours, et il primait les hypothèques qui étaient constituées pendant ce délai (art. 2109). Cette rétroactivité se comprend : le privilége prenait naissance à partir de l'acte de partage; il devait donc primer les hypothèques postérieures, pourvu qu'il fût inscrit dans le délai de la loi. Toujours est-il que ce délai était long, et que pendant les deux mois qui suivaient le partage, les tiers ne pouvaient pas traiter avec les copartageants. Ce qui augmentait l'inconvénient

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 250, nos 634 et 635.

de ce système de publicité, c'est que le partage restait occulte, puisqu'il n'était pas soumis à la transcription.

82. La rétroactivité des priviléges, ainsi organisée, était désastreuse ; on la critiquait, et à juste titre, comme un des vices trop nombreux du régime hypothécaire établi par le code civil. La commission spéciale qui prépara la nouvelle loi dit, dans son rapport, qu'elle a voulu *restreindre les effets de la rétroactivité.* Elle maintenait donc la rétroactivité; dans son opinion, il était de la nature du privilége d'opérer avec effet rétroactif (1). Il faut entendre cette proposition en ce sens que le privilége, une fois né, doit primer les hypothèques postérieures à raison de la qualité de la créance privilégiée. Comme, d'un autre côté, les priviléges sont soumis à la publicité, il fallait faire rétroagir l'effet de l'inscription, comme le faisait l'article 2109 pour le privilége du copartageant (n° 81). La commission spéciale admettait ce système de publicité; mais, pour diminuer le mal qui en résultait, elle abrégea le délai dans lequel l'inscription devait être prise; elle le fixa à quinze jours, à partir de la transcription de l'acte qui donnait naissance au privilége; prise dans ce délai, l'inscription avait effet à partir de la mutation (art. 34 du projet). La commission croyait concilier, par ce système, la rétroactivité du privilége, c'est-à-dire les droits du créancier privilégié, et les droits des tiers, ceux-ci étant avertis qu'ils ne pouvaient pas traiter avec les acquéreurs avant l'expiration de la quinzaine qui suivait la transcription de la vente. Si l'inscription n'était pas prise dans la quinzaine, le privilége dégénérait en hypothèque, laquelle ne devenait efficace et ne prenait rang qu'à dater de l'inscription.

83. En restreignant l'effet de la rétroactivité, et en obligeant les créanciers à prendre inscription dans un bref délai, la commission spéciale diminuait les inconvénients de la rétroactivité, mais ils subsistaient dans une certaine mesure. Pour les écarter entièrement, le ministre de la justice proposa un nouveau système, celui qui est formulé dans les articles 30 à 34: la conservation des priviléges est

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 30 et 36).

attachée à la transcription des actes qui donnent naissance à la créance privilégiée. M. Tesch dit très-bien que si la conservation de ces priviléges est attachée à l'inscription prise par le créancier privilégié, il faut nécessairement, comme le faisait la commission, laisser un certain temps au créancier pour faire inscrire son privilége; quelque court que soit ce délai, il en résultera toujours que, pendant ce délai, le privilége sera occulte et qu'on lui donne ensuite un effet rétroactif pendant le temps où le privilége n'était pas public. L'inconvénient de l'ancien système est diminué, mais il ne disparaît point; tandis que, dans le système proposé par le ministre, il disparaît entièrement. Le privilége se conservant par la transcription, il devient public du jour même où la propriété se consolide sur la tête du nouvel acquéreur; le privilége qui grève la propriété est porté à la connaissance de tous au moment où l'acquéreur devient propriétaire à l'égard des tiers, c'est-à-dire au moment où les tiers peuvent traiter avec lui (1).

Dans ce système, qui est celui de notre loi, il ne peut pas être question de rétroactivité du privilége. Il n'y a pas de délai fixé pour la transcription; donc pas de délai pour la conservation du privilége. Le privilége est rendu public en même temps que l'acte translatif ou déclaratif de propriété d'où il procède; avant la transcription, il n'y a pas de translation de propriété à l'égard des tiers; il n'y a donc pas de privilége à conserver à leur égard, la propriété n'est transmise à l'égard des tiers que par la transcription, et la transcription conserve aussi le privilége. Avant la transcription, il n'y a point de privilége; le privilége ne naît, à l'égard des tiers, qu'à partir de la transcription.

84. Le nouveau système modifie profondément le privilége, tel qu'il est défini par l'article 12, si l'on entend la définition en ce sens qu'il est de la nature du privilége d'opérer avec effet rétroactif. Tous les priviléges consacrés par la loi hypothécaire se conservent par la transcription, à l'exception du privilége de l'architecte; celui-ci ne rétro-

(1) Séance de la chambre des représentants, du 4 février 1851 (Parent, p. 279).

agit pas, en ce sens qu'il n'enlève pas aux créanciers hypothécaires un droit qui leur est acquis, il porte sur une valeur que l'architecte crée et sur laquelle les créanciers antérieurs n'avaient aucun droit. Quant aux priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant, ils n'existent, à l'égard des tiers, qu'à partir de la transcription, et c'est aussi à partir de ce moment que les tiers peuvent acquérir des droits sur l'immeuble grevé du privilége; ils ne peuvent donc acquérir des droits que lorsque le privilége est rendu public. Il suit de là que leurs droits sont postérieurs au privilége; si le privilége les prime, c'est moins à raison de la qualité de la créance qu'à raison de la publicité qu'il a reçue. Donc on ne peut plus dire que le privilége prime les hypothèques à raison de sa qualité, il les prime parce que, dans le système de la loi nouvelle, il est nécessairement antérieur aux hypothèques que les tiers peuvent acquérir sur l'immeuble grevé de privilége.

Il n'y a plus qu'un privilége qui prime les hypothèques antérieures, c'est le privilége des frais de justice. Pour mieux dire, l'existence de ce privilége implique des créances antérieures sans lesquelles il ne se conçoit point. Il n'y a pas une ombre de rétroactivité dans ce privilége; les créanciers hypothécaires et privilégiés sont obligés de faire des frais de conservation, de liquidation et de distribution pour réaliser leur droit de préférence, et ils doivent naturellement supporter les frais qui se font dans leur intérêt.

Le sens que nous donnons au système de conservation des priviléges, tel qu'il est consacré par la loi nouvelle, ne peut être contesté; ce n'est pas notre interprétation, c'est la loi interprétée par celui qui l'a proposée, par le ministre de la justice. Mais l'application n'est pas sans difficulté. Il faut distinguer entre les actes translatifs de propriété et le partage.

§ IV. *Application du principe aux priviléges qui naissent d'un acte translatif de propriété.*

83. Il y a trois priviléges qui naissent d'actes translatifs de propriété, ceux du vendeur, de l'échangiste et du

donateur. Nous appliquerons le nouveau principe au privilége du vendeur, le seul qui soit usuel. Ce que nous dirons du vendeur s'applique, à la lettre, à l'échangiste et au donateur, puisque la vente, l'échange et la donation sont des actes d'une nature identique au point de vue des priviléges et de leur conservation.

Quand l'acheteur transcrit l'acte de vente avant de faire aucun acte de disposition de la chose vendue, l'application de la loi nouvelle ne soulève aucune difficulté. Régulièrement l'acheteur transcrira immédiatement, parce qu'il y est intéressé. S'il ne le fait pas, il risque de devenir victime de la mauvaise foi du vendeur, celui-ci pouvant vendre à un second acquéreur, lequel, en transcrivant, sera propriétaire à l'égard des tiers. L'acquéreur a encore un autre intérêt à transcrire de suite son acte de vente, c'est que s'il veut faire un acte de disposition quelconque, aliéner, hypothéquer, il ne trouvera personne qui veuille traiter avec lui tant qu'il n'aura pas transcrit, puisque jusqu'à la transcription il n'est pas propriétaire à l'égard des tiers; si donc il est dans le cas d'hypothéquer, la première condition que le prêteur lui imposera, c'est qu'il fasse transcrire son acte d'acquisition. En ce sens, nous disons que régulièrement la transcription précédera tout acte de disposition que l'acheteur fera. Et, dans cette hypothèse, la préférence du vendeur est assurée par la transcription, qui conserve son privilége à l'égard de tous tiers et, notamment, à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs; il leur est préféré, non pas à raison de la qualité de sa créance, mais à raison de la publicité donnée à son privilége; la transcription vaut inscription; on peut donc dire que le vendeur est inscrit avant les créanciers auxquels l'acheteur concède une hypothèque, et il l'emporte sur eux par la priorité de son inscription.

86. L'acheteur peut ne pas transcrire, et consentir une hypothèque sans que le créancier exige que le débiteur commence par transcrire son acte d'acquisition. C'est une grande imprudence de la part de l'acheteur et des tiers qui contractent avec lui, et il arrivera rarement que les parties traitent ainsi à la légère. C'est sans doute pour cela que

la question ne s'est pas présentée devant les tribunaux depuis la publication de la loi nouvelle. Nous devons cependant prévoir l'hypothèse, puisqu'elle donne lieu à de vifs dissentiments dans la doctrine. L'acheteur n'est pas propriétaire à l'égard des tiers tant qu'il n'a point transcrit. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit de la transcription. N'étant pas propriétaire, il ne peut pas hypothéquer; l'hypothèque qu'il consent ne peut donc pas être opposée aux tiers. Cela encore est incontestable. Peut-elle l'être au vendeur? A notre avis, non. Tant que l'acheteur n'a point transcrit, le vendeur reste propriétaire de l'immeuble à l'égard des tiers, il peut donc l'hypothéquer, et cette hypothèque pourrait certainement être opposée à l'acheteur; si l'hypothèque constituée par le vendeur est valable contre l'acheteur, il est impossible que l'hypothèque consentie par l'acheteur puisse être opposée au vendeur; il n'y a qu'une seule personne qui puisse hypothéquer l'immeuble, c'est celle qui en est propriétaire; si le vendeur peut hypothéquer, c'est qu'il reste propriétaire tant qu'il n'y a pas de transcription; or, peut-on se prévaloir contre le propriétaire d'une hypothèque consentie par un autre que lui? Cela n'a point de sens.

On objecte que ce système sacrifie les droits du créancier hypothécaire, qui peut être de bonne foi, au vendeur, qui est nécessairement de mauvaise foi. L'objection est peu sérieuse; il ne s'agit pas de bonne foi, dans l'espèce; le créancier hypothécaire qui traite avec un acquéreur sans exiger que celui-ci transcrive avant tout l'acte d'acquisition commet une grave imprudence; si le vendeur aliénait, et que l'acte de vente fût transcrit, il serait évincé par le second acquéreur, malgré sa bonne foi; il ne peut pas non plus se prévaloir de sa bonne foi contre le vendeur, malgré la mauvaise foi de celui-ci; le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers, donc à l'égard des créanciers hypothécaires de l'acquéreur.

Ici l'on nous arrête; l'acheteur, dit-on, est propriétaire à l'égard du vendeur, donc à l'égard du vendeur il peut hypothéquer, et, partant, l'hypothèque peut être opposée au vendeur. Nous répondons que c'est faire une fausse appli-

cation d'un principe vrai. La propriété se transfère entre les parties par le seul effet du contrat; cela veut dire que la vente produit tous ses effets entre le vendeur et l'acheteur, quoiqu'elle n'ait point été transcrite. Mais elle n'a point d'effet à l'égard des tiers; or, le créancier hypothécaire est un tiers; ce qui décide la question.

On donne encore une autre forme à l'objection. L'acte non transcrit ne peut être opposé aux tiers; le vendeur, dit-on, n'est certes pas un tiers à l'égard de l'acheteur; donc il ne peut se prévaloir du défaut de transcription contre l'acheteur ni contre les ayants cause de l'acheteur. Nous répondons que les *ayants cause* sont de trop dans cette argumentation; en effet, ils sont des tiers, en ce sens qu'ils n'ont pas figuré à l'acte. Si les ayants cause sont des tiers à l'égard du vendeur, le vendeur est aussi un tiers à l'égard des ayants cause. Vainement dit-on que le vendeur ne peut jamais se prévaloir du défaut de transcription, puisque la transcription n'a été établie que dans l'intérêt des tiers. L'objection ne tient pas compte du rôle que la transcription joue dans la conservation du privilége du vendeur. Ce privilége se conserve par la transcription; cela ne veut pas dire seulement que si la transcription est faite, le privilége du vendeur est conservé; cela veut dire aussi que tant que la transcription n'a pas été faite, il n'y a point lieu de conserver le privilége, parce qu'il n'existe réellement à l'égard des tiers, que lorsque l'acte de vente a été transcrit (n° 83). Jusque-là, l'acheteur n'étant pas propriétaire à l'égard des tiers, le vendeur ne peut pas avoir de privilége contre les tiers, puisque c'est lui qui est propriétaire à leur égard, et le vendeur ne peut pas avoir de privilége sur sa propre chose; le droit du propriétaire ne peut pas être compromis par une hypothèque que l'acheteur n'avait pas le droit de consentir; si donc le créancier hypothécaire voulait agir hypothécairement contre le vendeur, celui-ci le repousserait, non en vertu de son privilége, mais en vertu de son droit de propriété.

C'est dans ces termes que s'exprime le rapporteur de la commission du sénat. « Si la vente n'est pas transcrite, dit M. d'Anethan, le privilége ne peut pas exister, puisque

la vente elle-même n'existe pas à l'égard des tiers (1). » La commission spéciale disait la même chose, dans le système de réalisation qu'elle avait proposé : « Si l'acheteur n'a pas fait réaliser son titre (ou, d'après notre loi, s'il ne l'a pas fait transcrire), la transmission de la propriété ne peut pas opérer à l'égard des tiers, l'acheteur n'a donc pas pu accorder des droits réels sur le bien au préjudice du privilége du vendeur (2). »

87. La question que nous venons de discuter est controversée. Tout le monde admet que le créancier hypothécaire, dans l'espèce, ne peut opposer son hypothèque au vendeur; mais les auteurs ne s'accordent pas sur le motif de décider (3). Il y a une interprétation toute différente de celle que nous avons adoptée : elle se base sur la rétroactivité du privilége, ou, si l'on veut, sur la qualité du privilége qui, par sa nature, l'emporte sur le créancier hypothécaire (4). Cette interprétation est en opposition avec le principe de la conservation des priviléges tel qu'il a été expliqué par le ministre de la justice qui en a fait la proposition; elle est en opposition avec l'esprit de notre régime nouveau sur la transmission de la propriété, tel qu'il a été exposé par la commission spéciale (n° 86). On suppose que l'acheteur consent une hypothèque avant d'avoir transcrit l'acte d'acquisition, et que le créancier exerce son droit hypothécaire ; le vendeur peut-il demander la préférence sur le créancier hypothécaire, en vertu de son privilége? C'est dans ces termes que la question est posée. Or, tant que l'acte de vente n'a pas été transcrit, il n'y a pas de transmission de la propriété, il n'y a pas de privilége; donc il ne peut pas s'agir d'exercer un privilége. A l'égard des tiers, il n'y a point de vendeur privilégié, il n'y a qu'un propriétaire, c'est donc comme propriétaire que le vendeur intervient; il oppose au créancier hypothécaire, non son

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 409).
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 36).
(3) Voyez, dans le sens de mon opinion, Valette, *De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de priviléges sur les immeubles*, p. 89-93; Troplong, *Priviléges*, n° 276; Cloes, t. I, p. 491, n° 806.
(4) Martou, t. II, p. 256, n° 641. Arntz, *Cours de droit civil*, t. I, p. 698, n° 1711.

privilége, mais son droit de propriété. Tels sont les principes formulés dans les rapports des commissions. L'explication que nous combattons est donc contraire à l'esprit de la loi, telle qu'elle a été interprétée par les auteurs mêmes de la loi hypothécaire.

88. On dira que ce n'est pas ainsi que les choses se passeront. Si l'immeuble est exproprié, le vendeur se présentera comme créancier privilégié, en faisant transcrire l'acte de vente, et dès que le privilége est rendu public, il prime l'hypothèque. Sans doute, le vendeur peut transcrire, et dès que la transcription est faite, la propriété sera acquise à l'acquéreur à l'égard des tiers, et le vendeur aura son privilége. Il y aura donc conflit entre le créancier hypothécaire inscrit avant la transcription, et le vendeur dont le privilége a été conservé par la transcription postérieure à l'inscription de l'hypothèque. Qui l'emportera? Nous disons que c'est le vendeur, non parce que son privilége rétroagit, ni par la qualité de sa créance, mais parce que son privilége est, en réalité, antérieur à l'hypothèque. En effet, à partir de quel moment la vente et partant le privilége existent-ils? A partir de la transcription. Et quelle est la date réelle de l'hypothèque? Elle a été inscrite avant la transcription de l'acte de vente, mais l'inscription d'une hypothèque qui n'a pas effet à l'égard des tiers ne peut pas lui donner effet, car l'inscription n'est que la manifestation d'un droit dont elle suppose l'existence. L'hypothèque n'existe, à vrai dire, qu'à partir du moment où l'acte de vente a été transcrit, donc l'hypothèque ne devient efficace que par cette transcription; malgré l'antériorité de l'inscription, l'hypothèque a une date postérieure à la transcription, donc le privilége du vendeur prime l'hypothèque, sans rétroactivité aucune, non en vertu de la qualité de la créance, mais parce qu'il est antérieur à l'hypothèque. D'après la rigueur des principes, l'inscription est même radicalement nulle ou inexistante, on ne peut pas inscrire une hypothèque qui n'existe point. Cette inscription, par sa date, pourrait tromper les tiers. Puisqu'elle est inexistante, le créancier devra prendre une nouvelle inscription, laquelle sera primée par la

transcription antérieure du créancier hypothécaire, transcription qui vaut inscription.

89. Il se présente une question analogue sur laquelle il y a également controverse. L'acheteur revend l'immeuble, sans avoir transcrit l'acte d'acquisition; le sous-acquéreur transcrit. On demande ce que devient le privilége du vendeur primitif? Si l'on applique les principes tels que nous venons de les exposer d'après les travaux préparatoires, la solution sera très-simple. La première vente n'ayant pas été transcrite, l'acquéreur n'est pas devenu propriétaire à l'égard des tiers; à leur égard, la propriété réside toujours sur la tête du vendeur. Donc l'acheteur qui revend la chose ne peut pas transmettre la propriété à l'égard des tiers; n'étant pas propriétaire à l'égard des tiers, il ne peut pas transmettre à l'acheteur un droit qu'il n'a pas lui-même. De là suit que le vendeur primitif reste propriétaire à l'égard du sous-acquéreur; celui-ci ne peut donc pas lui opposer son droit de propriété. Vainement objecte-t-on que le vendeur n'est pas un tiers, et qu'il ne peut se prévaloir du défaut de transcription; nous répondrons ce que nous avons déjà répondu (n° 86), que le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers, qu'il aurait par conséquent pu transférer la propriété au sous-acquéreur qui lui oppose son droit de propriété; or, il est impossible que le sous-acquéreur oppose son droit de propriété à celui qui est propriétaire à son égard, et qui aurait pu lui transférer la propriété. Nous répondrons encore, au point de vue du privilége, qu'il ne s'agit pas de la déchéance du privilége, puisque la vente n'ayant pas été transcrite, le vendeur est resté propriétaire, et il n'est point créancier privilégié; c'est en vertu de son droit de propriété qu'il repousse le tiers acquéreur et non en vertu de son privilége; il ne peut pas perdre son privilége qui n'existe pas tant que la transcription n'a pas été faite. Si l'on objecte que c'est sacrifier l'intérêt du tiers acquéreur à l'intérêt du vendeur, nous répéterons ce que nous avons dit du tiers créancier hypothécaire; les tiers ne doivent pas traiter avec un propriétaire dont le titre d'acquisition n'a point été transcrit; s'ils traitent, ils doivent subir les consé-

quences de leur imprudence. C'est la réponse que fait la commission spéciale dans son rapport, où la question a été prévue. Nous transcrivons le rapport à l'appui de la doctrine que nous soutenons dans ces matières difficiles, parce que nous sommes en opposition avec Martou, l'excellent commentateur de notre loi hypothécaire, qui n'a tenu aucun compte des travaux préparatoires (1). C'est aller trop loin; si les rapports des commissions et les paroles du ministre ne sont pas la loi, ils servent au moins à l'expliquer.

Voici ce que dit la commission spéciale : « On s'est demandé si le vendeur peut encore exercer son privilége sur le bien vendu, lorsque l'acheteur, qui n'a pas payé le prix et qui n'a pas fait transcrire son titre, a revendu le bien à un autre, qui a fait transcrire après avoir payé le prix. » Après avoir constaté que la question est controversée, la commission ajoute : « Toutes ces difficultés disparaissent par le projet de la commission. De deux choses l'une. Ou bien l'acheteur n'a pas fait réaliser (c'est-à-dire *transcrire*) son titre, et, dans ce cas, la transmission ne peut pas opérer à l'égard des tiers; *il n'a donc pas pu accorder des droits réels sur le bien au préjudice du vendeur* (2). » Ou bien l'acheteur a fait réaliser (*transcrire*) son titre, et, dans ce cas, il n'y a aucune difficulté, tout le monde est d'accord.

§ V. *Application du principe aux priviléges qui naissent du partage.*

90. La loi applique au privilége du copartageant le principe qui régit les priviléges du vendeur, de l'échangiste et du donateur. Elle ne fait aucune différence entre les priviléges qui naissent d'un acte déclaratif de propriété et ceux qui naissent des actes translatifs de propriété. Dans la théorie de la loi nouvelle, tous ces actes sont éga-

(1) Martou, t. II, p. 257, n° 642. En sens contraire, Valette, *De l'effet de l'inscription en matière de priviléges*, p. 92, suivi par Cloes, t. I, p. 507, n° 830. L'opinion de Martou est généralement suivie.

(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 36).

lement soumis à la transcription; et comme la transcription des actes rend publics les priviléges qui en résultent, le législateur a attaché la conservation des priviléges à cette publicité, sans distinguer entre le partage qui ne fait que déclarer la propriété et les actes qui transfèrent la propriété. Toutefois il y a une différence entre ces deux catégories d'actes. On ne peut pas dire du partage ce que nous venons de dire de la vente, que les priviléges sont conservés au moment même où le copartageant devient propriétaire à l'égard des tiers, car il n'acquiert pas la propriété par le partage; l'acte de partage déclare seulement qu'il a toujours été propriétaire des biens mis dans son lot, à partir de l'indivision. Aussi n'est-ce point pour faire connaître aux tiers la mutation qui s'est opérée dans la propriété que le partage doit être transcrit, c'est pour leur apprendre que l'état d'indivision a cessé, et qu'ils ne peuvent plus traiter avec les ci-devant communistes comme propriétaires de tous les biens qui avaient été indivis entre eux, qu'ils ne peuvent traiter avec eux que comme propriétaires exclusifs des biens qu'ils ont recueillis par le partage. C'est lors de l'indivision que les communistes sont devenus propriétaires, et cet état d'indivision n'est pas toujours rendu public, le fait le plus fréquent d'où résulte l'indivision, l'hérédité, n'étant pas soumis à la publicité. Il y a donc une différence de principe très-grande entre le but de la publicité quand il s'agit du partage, et le but de la publicité quand il s'agit d'actes translatifs de propriété. Et les effets aussi diffèrent considérablement. Le législateur n'en a tenu aucun compte, et a assimilé complétement le partage à la vente. Mais l'application du principe soulève des difficultés; nous devons les signaler bien qu'elles ne présentent pas d'intérêt pratique; il importe toujours au droit de préciser les principes. Il faut d'abord distinguer, comme nous l'avons fait pour la vente, si le partage est transcrit ou s'il ne l'est point.

Nº 1. DE LA CONSERVATION DU PRIVILÉGE QUAND LE PARTAGE EST TRANSCRIT.

91. Le partage est transcrit. Il en résulte un privilége de soulte au profit du premier copartageant sur les im-

meubles compris dans le lot du troisième. Des hypothèques sont établies sur ces immeubles postérieurement au partage; quel en sera l'effet à l'égard du créancier privilégié? A partir de la transcription du partage, les copartageants cessent d'être commenistes à l'égard des tiers; ils ne peuvent plus aliéner ou hypothéquer que les immeubles tombés dans leur lot. Si donc une hypothèque est consentie par un copartageant sur des immeubles qui ne sont pas compris dans son lot, l'hypothèque est nulle, et, par suite, il ne peut y avoir de conflit entre le créancier hypothécaire et le créancier privilégié. Pour que la question du concours puisse s'élever, il faut supposer, dans l'espèce, que l'hypothèque a été consentie par le troisième copartageant. Le créancier hypothécaire sera primé par le créancier de la soulte, non pas à raison de la qualité privilégiée de la créance, mais parce que le privilége qui implique une hypothèque privilégiée est antérieur à l'hypothèque et a été conservé avant que l'hypothèque existe. C'est l'application de l'article 81 (code civil, art. 2134) : « Entre créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur. » L'hypothèque est donc nécessairement primée par le privilége inscrit antérieurement; or, pour les priviléges, la transcription vaut inscription.

92. Sur ce point il n'y a aucun doute. Mais il y a quelque difficulté si l'hypothèque a été consentie par le troisième copartageant pendant l'indivision sur un immeuble qui est tombé dans son lot. Nous supposons toujours qu'il résulte du partage un privilége de soulte sur cet immeuble. Si l'hypothèque avait été consentie par un autre copartageant, elle tomberait et serait considérée comme inexistante, puisqu'elle aurait été constituée par un copartageant qui n'a jamais eu de droit sur l'immeuble. Dans notre hypothèse, l'hypothèque est valable, puisque le copartageant qui l'a établie est considéré comme ayant toujours été propriétaire de l'immeuble. C'est la conséquence du principe que le partage est déclaratif de propriété. Il y a, dans ce cas, conflit entre le créancier hypothécaire et le créancier privilégié. L'hypothèque a été inscrite pendant

l'indivision, elle a donc un rang antérieur au privilége rendu public et conservé par la transcription de l'acte de partage. Si l'on s'en tenait au principe qui règle le rang des hypothèques entre elles par la date de l'inscription, il faudrait décider que l'hypothèque prime le privilége. Nous croyons aussi que le privilége est primé par l'hypothèque mais il faut voir quel est le vrai motif de décider.

Pendant l'indivision, chacun des communistes peut hypothéquer comme copropriétaire les immeubles qu'ils possèdent par indivis. Si ensuite l'immeuble hypothéqué est compris dans le lot de celui qui a consenti l'hypothèque, celle-ci aura effet et rang à partir de l'inscription qui en a été prise pendant l'indivision. Lors du partage, et en vertu du lotissement, l'immeuble grevé du privilége de soulte se trouvait donc démembré au profit du créancier hypothécaire; il entre, ainsi démembré, dans le lot du copartageant qui est débiteur de la soulte; le privilége qui, de ce chef, affecte l'immeuble, ne peut le grever que dans l'état de démembrement qui résulte de l'hypothèque. C'est dire que le créancier hypothécaire doit l'emporter sur le créancier privilégié, puisqu'il a un droit acquis dans la chose au moment où le privilége prend naissance. Or, dans notre opinion, l'hypothèque antérieure au privilége prime le créancier privilégié (n° 86). Nous appliquons au copartageant le principe qui régit le privilége du vendeur; ce qui est très-logique, puisque la loi met les deux priviléges sur la même ligne.

93. On objecte que le privilége l'emporte sur l'hypothèque, en vertu de l'article 12 qui donne au créancier privilégié la préférence sur les créanciers hypothécaires. Nous avons d'avance répondu à l'objection (n°s 78-85). Si l'on interprète l'article 12 en ce sens que le privilége prime les hypothèques antérieures, à raison de la qualité privilégiée de la créance, on fait rétroagir le privilége, en enlevant au créancier un droit qui lui est acquis. Or, le but de la publicité organisée par le législateur belge a été précisément d'éviter la rétroactivité que les priviléges avaient dans le système du code civil. La loi entend donc maintenir les droits acquis; ce qui est décisif.

On fait une autre objection très-spécieuse. Le troisième copartageant n'est considéré comme propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription de l'acte de partage; donc l'hypothèque qu'il a consentie antérieurement n'est valable à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription, elle a donc en réalité la même date que le privilége, dès lors le privilége doit l'emporter sur l'hypothèque par sa qualité de privilége. Nous répondons que c'est faire une fausse application du principe de publicité; il concerne l'avenir et non le passé; dire que le copartageant n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription du partage, c'est dire que les tiers peuvent à l'avenir traiter avec lui comme propriétaire exclusif; mais cela n'empêche pas que les tiers aient pu traiter avec le copartageant comme propriétaire par indivis avant le partage; la loi autorise et valide ces transactions, elle ne peut pas enlever aux tiers des droits qu'elle a permis de leur concéder.

Il y a encore une autre réponse à faire à l'objection, c'est qu'il n'est pas exact de dire que le copartageant n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription du partage, car le partage n'a aucun effet sur la transmission de la propriété; il ne la transmet pas, il la déclare. En vertu de ce principe, le copartageant a toujours été propriétaire de l'immeuble mis dans son lot, donc il a pu l'hypothéquer; ce qui nous ramène à notre point de départ, c'est-à-dire au principe des droits acquis que la loi entend respecter.

Enfin l'on dit que cette opinion sacrifie les droits du créancier privilégié aux droits du créancier hypothécaire, puisque le premier, étant primé par le second sur l'immeuble grevé de soulte, n'aura qu'un privilége dérisoire. L'objection ne tient aucun compte de la publicité qu'a reçue l'hypothèque. Lors du partage, le copartageant qui acquiert un privilége de soulte sur un immeuble déjà grevé d'hypothèque a connaissance du droit par lequel il sera primé; il peut donc stipuler les garanties nécessaires pour sauvegarder ses intérêts. Ainsi la loi ne sacrifie aucun droit, elle accorde son appui au créancier hypothécaire

en lui permettant d'intervenir dans l'acte de partage, pour empêcher qu'il ne se fasse en fraude de ses droits, et la publicité qu'elle donne à l'hypothèque permet aux copartageants de régler leurs intérêts en pleine connaissance de cause.

Nº 2. DU PRIVILÉGE DES COPARTAGEANTS QUAND LE PARTAGE N'EST PAS TRANSCRIT.

94. Le partage n'est pas transcrit. Nous supposons que le troisième copartageant, grevé d'un privilége de soulte, hypothèque un immeuble compris dans son lot. Le créancier prend inscription; primera-t-il le privilége? Dans le système de la loi, il faut répondre que le privilége prime l'hypothèque. En effet, dès qu'il y a partage, le privilége de soulte prend naissance, et une fois que le privilége existe, il doit primer les hypothèques consenties postérieurement, bien que l'acte d'où résulte le privilége n'ait pas été transcrit. Il en est ainsi du privilége du vendeur lorsque l'acheteur concède une hypothèque sur l'immeuble avant d'avoir transcrit son acte d'acquisition: l'hypothèque ne peut pas être opposée au vendeur. Or, la loi met le partage sur la même ligne que la vente, en ce qui concerne les droits du créancier privilégié; si les droits du vendeur restent saufs malgré le défaut de transcription, il en doit être de même des droits du copartageant. L'acheteur n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription; l'hypothèque qu'il consent antérieurement à la transcription n'a de date que du jour où l'acte est transcrit, par suite elle est primée par le privilége du vendeur qui est conservé par la transcription, et qui, en réalité, a une date antérieure à celle de l'hypothèque. On peut faire le même raisonnement pour le privilége du copartageant : il n'est propriétaire exclusif qu'à partir de la transcription du partage; ce n'est qu'à partir de cette transcription qu'il peut consentir des hypothèques sur les immeubles tombés dans son lot; donc les hypothèques qu'il a constituées antérieurement n'ont de date à l'égard des tiers que du jour où le partage a été transcrit, et de ce

jour, le privilége du copartageant est rendu public et conservé; il est donc, en réalité, antérieur à l'hypothèque, et il la prime en vertu de cette antériorité.

95. Cette solution est incontestable, si l'on se place au point de vue de la loi qui assimile entièrement le privilége du copartageant et les priviléges qui résultent d'actes translatifs de propriété, et quand la loi est la même, les conséquences qui en découlent doivent être identiques. Mais, au point de vue des principes, il y a une difficulté à laquelle nous ne trouvons pas de solution. Pourquoi la loi soumet-elle le partage à la transcription? Ce n'est pas pour faire connaître aux tiers la mutation qui a eu lieu dans la propriété des biens partagés, car il n'y a pas de mutation, il n'y a qu'un acte déclaratif de propriété. On ne peut donc pas dire du copartageant ce que l'on dit du vendeur, qu'il n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription du partage; car il l'a toujours été depuis que l'indivision a commencé. Ainsi la base de la théorie légale, telle que nous venons de l'exposer (n° 94), est en opposition avec le principe de l'article 883, et avec la base tout le système s'écroule.

Si la loi soumet le partage à la transcription, c'est uniquement pour faire connaître aux tiers que l'état d'indivision a cessé et qu'ils ne peuvent pas traiter avec ceux qui ont cessé d'être communistes, comme s'ils se trouvaient encore en état d'indivision. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit de la transcription (t. XXIX, n° 101). Qu'en faut-il conclure lorsque le partage n'a pas été transcrit? C'est que le partage n'existe pas à l'égard des tiers, donc l'indivision continue, et, par suite, les copartageants sont toujours des communistes; ils peuvent donc faire valablement, à l'égard des tiers, tous les actes qu'un communiste a le droit de faire. De là suit que l'hypothèque consentie par un copartageant avant la transcription n'est pas nulle, comme étant consentie par un non-propriétaire; elle est valable, comme ayant été constituée par un communiste. Seulement il faudra un nouveau partage, puisque, légalement, le premier n'existe pas à l'égard des tiers. Les copartageants ne pourraient pas se borner à transcrire ce

partage comme cela peut se faire en matière de vente (n° 88); il y a, entre les deux hypothèses une différence, dont la théorie légale n'a pas tenu compte, c'est que le tiers créancier hypothécaire a le droit d'intervenir au partage, donc on ne peut lui opposer le premier, où il n'a pas pu intervenir, parce que son droit n'existait pas encore; partant il faudra procéder à un nouveau partage, où le créancier hypothécaire aura le droit d'intervenir. Nous aboutissons à une conséquence toute différente de celle à laquelle conduit la théorie légale. L'hypothèque étant censée concédée pendant l'indivision, le créancier hypothécaire a un droit acquis dans l'immeuble, et ce droit l'emporte sur le privilége de soulte, si le nouveau partage maintient le lotissement du premier.

96. Laquelle de ces interprétations faut-il préférer? Evidemment la première (n° 94). Nous disons que cela est évident. En effet, c'est le système légal, et la loi l'emporte sur les principes, les principes n'ayant d'autre fondement que la loi. Toujours est-il que le législateur aurait dû tenir compte de la différence des actes juridiques auxquels il applique une seule et même règle, comme s'ils étaient identiques. La loi belge s'est écartée, en ce point, de la tradition. Dans les coutumes de nantissement, le partage n'était pas soumis aux œuvres de loi; et la loi française de 1855 n'a pas étendu au partage le principe de la transcription. L'intérêt que les tiers ont à connaître l'existence du partage a engagé le législateur belge à en prescrire la publicité. Soit. Mais le motif de cette publicité étant tout différent de celui pour lequel on exige la publicité des actes translatifs de propriété, la loi aurait dû établir pour les priviléges des copartageants un autre système de conservation que pour ceux du vendeur, de l'échangiste et du donateur.

§ VI. *De l'inscription d'office.*

97. La loi dit que les priviléges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant *se conservent* par la transcription; c'est dire qu'ils ne doivent pas être inscrits

pour produire l'effet que la loi y attache. Afin de ne laisser aucun doute sur ce point, l'article 84 ajoute que la transcription vaudra inscription pour les créanciers dont le privilége se conserve par la transcription de l'acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers d'où ils procèdent. Toutefois la loi veut que le conservateur fasse une inscription d'office de ces mêmes priviléges, au moment de la transcription (art. 35). Est-ce à dire qu'il faille deux formalités, la transcription et l'inscription, pour que les créanciers privilégiés jouissent du droit de préférence et du droit de suite? Non, le texte ne laisse aucun doute sur ce point; pour mieux dire, c'est pour prévenir tout doute que l'article 34 a déclaré formellement que la transcription vaut inscription. Et l'article 35 dit implicitement que l'inscription d'office, qu'il ordonne au conservateur de prendre, n'est pas requise pour la conservation des priviléges qui sont déjà conservés par la transcription. La loi prescrit l'inscription d'office, sous peine de tous dommages-intérêts envers les *tiers*. Or, pour que les tiers puissent éprouver un dommage du défaut d'inscription, il faut que le privilége leur soit opposable, alors même qu'il n'aurait pas été inscrit, par le seul effet de la transcription. Ils ont droit à des dommages-intérêts, parce que le défaut d'inscription les a induits en erreur. Ceux qui veulent s'assurer si les biens de la personne avec laquelle ils vont traiter sont grevés d'hypothèques demandent au conservateur un certificat des inscriptions, ils ne consultent pas le registre aux transcriptions, qui a pour objet principal de constater les mutations immobilières. Il faut donc que le registre des inscriptions soit complet, afin de donner aux tiers une connaissance exacte de la situation hypothécaire de leur débiteur. Ils seraient trompés et lésés, si des priviléges conservés par la transcription ne se trouvaient pas inscrits. C'est pour sauvegarder l'intérêt des tiers que la loi exige l'inscription d'office. Si elle n'est pas faite, et si les tiers en ont souffert un dommage, ils auront une action en dommages-intérêts contre le conservateur, par la négligence duquel l'inscription a été omise. C'est l'application du principe général de responsabilité, consa-

cré par les articles 1382 et 1383. Nous y reviendrons.

98. Quels sont les priviléges que le conservateur doit inscrire d'office? L'article 35 les énumère : « Sera le conservateur des hypothèques tenu de faire d'office, au moment de la transcription, l'inscription sur son registre : 1° des créances résultant de l'acte translatif de propriété, » c'est-à-dire de la vente. Il n'y a qu'une créance privilégiée, c'est celle du prix; si la loi parle des *créances,* c'est sans doute pour y comprendre celles qui résulteraient des charges; mais les charges faisant partie du prix, il n'y a, en réalité, qu'un seul privilége, celui du vendeur.

Il y a une vente qui est soumise à des règles spéciales, c'est l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le jugement qui la prononce doit être transcrit, mais cette transcription, comme nous l'avons dit ailleurs (t. XXIX, n° 90), n'a rien de commun avec celle que la loi hypothécaire prescrit; elle n'a pour objet ni de sauvegarder les droits des tiers, ni de conserver le privilége du vendeur; les tiers ne peuvent plus acquérir de droits sur l'immeuble exproprié, puisqu'il est mis hors du commerce par sa consécration à un service public; et le vendeur recevant son indemnité avant que l'État soit mis en possession, son privilége n'a plus de raison d'être; l'inscription d'office devient donc inutile. En serait-il de même si la vente se faisait à l'amiable? Dans ce cas, l'acte doit, à la vérité, être transcrit conformément à la loi hypothécaire (t. XXIX, n° 91); mais l'inscription d'office n'en est pas moins inutile, parce que les principes qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique restent toujours applicables (1).

99. En second lieu, le conservateur doit faire une inscription d'office « des soultes ou retours de lots résultant de l'acte d'échange ». La loi ajoute que « l'inscription comprendra la somme stipulée à titre de dommages-intérêts en cas d'éviction ». Quoique l'inscription d'office ne soit pas nécessaire pour la conservation du privilége, elle doit contenir toutes les indications requises pour l'inscription hypo-

(1) Martou, *Commentaire,* t. II, p. 268, n° 652

thécaire, car c'est le registre aux inscriptions que les tiers consultent. Si donc le conservateur négligeait de prendre inscription des dommages-intérêts en cas d'éviction, l'échangiste aurait néanmoins son privilége, mais les tiers, trompés par l'inscription incomplète, auraient une action en dommages-intérêts contre le conservateur; car le conservateur, comme nous le dirons plus loin, répond non-seulement du défaut d'inscription, il répond aussi de l'irrégularité de l'inscription quand elle cause un préjudice aux tiers.

3° Le conservateur doit faire une inscription d'office « des charges pécuniaires et autres prestations liquides résultant de l'acte de donation ». Si les prestations n'étaient pas liquides, l'inscription d'office serait inutile, puisque, dans ce cas le donateur n'a pas de privilége (art. 27, 3°). On voit maintenant pourquoi la loi subordonne l'existence du privilége à l'accomplissement de cette condition; c'est que les prestations non liquides ne peuvent pas recevoir la publicité que la loi prescrit dans l'intérêt des tiers, et sans la publicité, le privilége est inefficace.

4° Le conservateur doit prendre une inscription d'office « des soultes et retours résultant de l'acte de partage ou de licitation; cette inscription énoncera, s'il en a été fait, les stipulations relatives à la garantie en cas d'éviction. » Il faut appliquer à ces énonciations ce que nous venons de dire de celles qui concernent le privilége de l'échangiste : si elles se trouvent dans l'acte transcrit, le copartageant aura son privilége, bien que l'inscription ne les mentionne pas; mais les tiers auront, de ce chef, une action en dommages-intérêts contre le conservateur.

100. La loi ne dit pas que le conservateur est tenu de prendre inscription du privilége du prêteur quand il est légalement subrogé aux droits des créanciers privilégiés. Mais l'inscription d'office devant mentionner tous les priviléges conservés par la transcription, il va de soi que le conservateur doit aussi inscrire le privilége du prêteur. Quand il s'agit d'un acte translatif de propriété, on peut invoquer le texte de l'article 35, n° 1, qui parle, en termes généraux, des *créances* résultant de l'acte, donc aussi de

celle du prêteur subrogé; et ce que la loi dit des actes *translatifs* de propriété s'applique naturellement aux actes déclaratifs de propriété. Toutefois il eût été plus régulier de le dire, puisque la loi énumère les diverses inscriptions que le conservateur est tenu de faire; si le conservateur ne faisait pas l'inscription du privilége du prêteur résultant d'un acte de partage, le prêteur aurait toujours son privilége; mais les tiers auraient-ils l'action en dommages-intérêts? Cela est douteux; il serait difficile de condamner le conservateur pour n'avoir pas rempli une formalité qu'aucun texte formel ne l'oblige de remplir.

101. L'inscription d'office peut être inutile; elle est prise pour un privilége que la loi donne, et que les parties n'auraient peut-être pas stipulé si le privilége était conventionnel, soit parce que le débiteur offre une entière garantie au créancier, soit parce que les relations de parenté ou d'amitié ne permettent pas ces clauses de défiance. Or, les inscriptions inutiles sont un mal, car elles diminuent le crédit du débiteur, dont les biens sont grevés d'inscriptions, et elles l'obligent ensuite à faire les frais d'une radiation, frais également frustratoires. C'est pour prévenir ces inconvénients que l'article 36 dispose que « le vendeur, le copermutant, le donateur, les cohéritiers ou copartageants pourront, par une clause formelle de l'acte, dispenser le conservateur de l'inscription d'office ». La loi ne parle pas du prêteur subrogé, sans doute parce qu'il n'est pas probable que le prêteur qui se fait subroger pour jouir du privilége veuille ensuite renoncer à ce privilége; mais il va sans dire qu'il en a le droit. Il faut une clause *formelle* pour que le conservateur soit dispensé de faire l'inscription d'office. Le législateur a voulu prévenir toute contestation sur ce point; dispenser le conservateur de l'obligation que la loi lui impose, c'est, comme nous allons le dire, renoncer au privilége; la loi veut que cette renonciation soit formelle, c'est-à-dire que la volonté du créancier soit exprimée par écrit, non qu'il y ait des termes sacramentels, mais il ne suffirait pas d'une renonciation tacite. Si l'acte portait que le créancier renonce à son privilége, il y aurait dispense formelle de l'obligation d'inscrire le privilége, car

on ne peut pas inscrire un privilége qui n'existe plus.

102. Quel est l'effet de cette dispense? L'article 37 répond « que les créanciers privilégiés seront déchus du privilége et de l'action résolutoire ou en reprise, mais qu'ils pourront prendre, en vertu de leur titre, une inscription hypothécaire qui n'aura rang qu'à sa date. » Pourquoi la dispense de l'inscription d'office emporte-t-elle renonciation au privilége? car c'est une renonciation plutôt qu'une déchéance, puisqu'elle résulte d'un fait volontaire du créancier. La raison en est que l'inscription est un complément de publicité prescrit dans l'intérêt des tiers; ceux-ci, voyant que le privilége n'est pas inscrit, doivent croire qu'il n'existe plus et que le créancier y a renoncé.

De là suit que les incapables ne peuvent pas consentir la dispense, car ils ne peuvent pas renoncer à un droit qui est la garantie de leur créance, et sans lequel celle-ci risque de périr. Les administrateurs légaux, tels que le tuteur et le mari, ne pourraient pas non plus dispenser le conservateur de prendre l'inscription d'office, car ils ne peuvent pas aliéner; or, renoncer, c'est aliéner, et aliéner sans compensation, puisque la loi suppose une renonciation gratuite. Il ne suffit donc pas d'être capable de s'obliger, il faut être capable de disposer (1).

La renonciation au privilége a encore une autre conséquence très-grave pour le créancier, c'est qu'il est déchu de l'action résolutoire; cela s'applique au vendeur, au donateur et à l'échangiste. C'est une application du nouveau principe établi par l'article 28 de la loi hypothécaire. Nous y reviendrons.

103. La déchéance du privilége et de l'action résolutoire laisse néanmoins subsister une hypothèque au profit du créancier. C'est l'application du principe que le privilége est une hypothèque privilégiée; cela implique que le créancier a deux droits, une hypothèque et un privilége; il peut renoncer au privilége et conserver l'hypothèque. C'était le système du code civil (art. 2113), et la loi nouvelle l'a maintenu. Mais la différence est grande entre

(1) Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 524, nº 854.

l'hypothèque privilégiée qui appartenait au créancier et la simple hypothèque qui lui reste. En vertu du privilége, il avait deux rangs de préférence, il primait les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires (art. 12), trndis qu'en vertu de l'hypothèque il ne prime plus que les créanciers chirographaires. La loi dit qu'il pourra prendre une inscription hypothécaire qui n'aura rang qu'à partir de la date. Cela suppose que le privilége rétroagit, en ce sens que son rang ne dépend pas de la date de l'inscription ou de la transcription. D'après la loi nouvelle, il n'y a plus de rétroactivité proprement dite; mais il y a toujours cette différence entre l'inscription hypothécaire et la transcription qui conserve le privilége, c'est que le privilége a rang en vertu et à partir de la transcription; tandis que l'hypothèque n'aura rang qu'en vertu de l'inscription que le créancier devra requérir. Le créancier privilégié n'a rien à faire pour la conservation de son privilége, tandis que le créancier hypothécaire doit prendre une inscription de son chef.

104. L'inscription d'office prise par le conservateur doit être renouvelée par le créancier avant l'expiration des quinze années qui suivent sa date (art. 37 et 90). C'est le droit commun : l'inscription ne conserve les priviléges et les hypothèques que pendant quinze ans; il en doit être de même de l'inscription d'office qui, pour les tiers, tient lieu de la transcription. Le renouvellement de l'inscription d'office est soumis aux mêmes règles que le renouvellement de toute inscription hypothécaire; nous les exposerons plus loin.

Il se présente une difficulté spéciale à l'inscription d'office. On suppose que le conservateur a négligé de la prendre : que devra faire le créancier avant l'expiration des quinze ans? Il devra inscrire son privilége, non en renouvellement de l'inscription qui n'a pas été prise, mais en renouvellement de la transcription qui a conservé le privilége malgré le défaut d'inscription. Comme on l'a dit et répété lors des travaux préparatoires, la transcription vaut inscription (art. 34), mais elle ne vaut pas plus; elle ne peut donc pas conserver le privilége à perpétuité, alors

que la loi n'attache qu'un effet temporaire à la publicité qui conserve les priviléges et hypothèques (1). Ainsi la transcription cesse de conserver le privilége à l'expiration des quinze ans; le créancier doit donc avoir soin de renouveler la publicité, et le renouvellement se fait, non en transcrivant de nouveau l'acte d'où naît le privilége, mais en prenant une inscription. Ce sera, en apparence, une première inscription; en réalité, ce sera une inscription renouvelée, puisqu'elle renouvelle la transcription qui vaut inscription. Il suit de là que le créancier devra remplir les formalités prescrites par l'article 90 pour le renouvellement des inscriptions.

105. « A défaut de renouvellement, les créanciers privilégiés n'auront plus qu'une hypothèque qui ne prendra rang que du jour de son inscription » (art. 37). Dans ce cas, il y a déchéance du privilége, parce que les conditions prescrites pour sa conservation n'ont pas été remplies. Mais la loi, tout en déclarant le créancier déchu de son privilége, maintient l'hypothèque qui est attachée au privilége. C'est l'application du principe établi par l'article 2113 du code civil, que la loi nouvelle consacre implicitement : « Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions prescrites pour conserver le privilége n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites, ainsi qu'il sera ci-après expliqué. » Nous avons dit plus haut (n° 103) quelle différence il y a entre cette hypothèque que le créancier conserve et le privilége qu'il perd.

§ VII. *Du privilége de l'architecte.*

N° 1. CONDITIONS REQUISES POUR LA CONSERVATION DU PRIVILÉGE.

106. Ce privilége ne se conserve pas par la transcription, parce qu'il ne se rattache à aucun acte translatif ou déclaratif de propriété. Il reste donc sous l'empire de la

(1) D'Anethan, Rapport; Déclaration du ministre de la justice; Rapport de Lelièvre (Parent, p. 410, 501 et 523).

règle établie par l'article 29, aux termes duquel les priviléges ne produisent d'effet que par leur inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. Il y a cependant ceci de spécial au privilége de l'architecte, c'est que la loi exige une double inscription. D'abord le procès-verbal constatant l'état des lieux doit être inscrit avant le commencement des travaux. En second lieu, l'architecte doit faire inscrire le second procès-verbal dans la quinzaine de la réception des ouvrages (art. 38). Quel est l'objet de cette double publicité? Le premier procès-verbal avertit les tiers qu'ils ne doivent pas compter sur la plus-value qui résultera des travaux, parce que, en le rendant public, l'architecte manifeste la volonté de se prévaloir de son privilége avec les effets que la loi y attache, notamment de prendre rang à partir de l'inscription de ce premier procès-verbal. Le second procès-verbal doit être inscrit dans la quinzaine afin que les tiers sachent que l'architecte n'est pas payé et que, par suite, il entend exercer son droit de préférence. Les deux procès-verbaux font encore connaître le montant de la créance privilégiée.

107. La loi ne dit pas d'une manière formelle par qui l'inscription doit être requise. Elle suppose que les créanciers privilégiés la requièrent. « Les entrepreneurs, architectes, maçons... *conservent*, par l'*inscription* faite du premier et du second procès-verbal, leur privilége à la date du premier procès-verbal. » C'est le droit commun. L'article 83 (code civil, art. 2148) dit ce que le créancier doit faire pour opérer l'inscription : il doit représenter, par *lui-même* ou par un tiers, l'acte qui donne naissance au privilége, en y joignant deux bordereaux. Mais l'inscription du privilége de l'architecte ne se fait pas d'après les règles de l'article 83, ce sont les procès-verbaux que l'architecte doit faire inscrire. Pourvu que l'inscription soit faite n'importe par quelle personne intéressée et ayant droit, le privilége sera conservé. L'inscription peut se faire par le propriétaire, par l'un des entrepreneurs ou ouvriers jouissant du privilége, par le prêteur subrogé; toutes ces personnes ont intérêt à l'exercice du privilége : le maître pour traiter avec de bonnes conditions, les créanciers pour la garantie

de leurs droits. Les termes de la loi ne s'y opposent point, et son esprit ne laisse aucun doute. Ainsi jugé par la cour de cassation (1).

108. Il y a une difficulté plus sérieuse. On suppose que le fonds sur lequel les travaux s'exécutent est aliéné pendant le cours des travaux : l'inscription pourra-t-elle encore se faire? Il n'y a guère de doute pour le premier procès-verbal. D'abord la loi veut qu'il soit inscrit avant le commencement des travaux; nous verrons plus loin si l'inscription peut encore se faire pendant l'exécution. Puis il est de principe que l'inscription ne peut plus être prise après l'aliénation d'un immeuble, lorsque l'acquéreur a transcrit (art. 112). Ce principe s'applique à l'architecte et au premier procès-verbal, puisque c'est ce procès-verbal qui donne date au privilége à l'égard des tiers. Mais que faut-il dire du second? Il est impossible de faire inscrire le procès-verbal avant l'aliénation, puisque le procès-verbal n'est pas dressé, il ne doit l'être que dans les six mois de la perfection des ouvrages; et c'est seulement après cette seconde expertise que le délai de quinzaine commence à courir. Il suit de là que l'article 112 n'est pas applicable à l'espèce; il suppose que le créancier a pu inscrire avant l'aliénation, tandis que l'architecte ne peut le faire qu'après l'achèvement des travaux. Il faut donc décider que l'article 38 recevra son application si les travaux continuent; l'architecte aura toujours six mois, après que les travaux auront cessé, pour faire dresser le second procès-verbal, puis il aura quinze jours pour en requérir l'inscription. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans l'arrêt que nous venons de citer.

109. Nous supposons que l'inscription des deux procès-verbaux est faite dans les délais de la loi : quel en sera l'effet? L'article 38 répond que les créanciers conservent leur privilége *à la date du premier procès-verbal*. Il y a ici plus d'une singularité. L'inscription rétroagit, et elle rétroagit à une époque où la créance privilégiée n'existe pas encore. En effet, le premier procès-verbal est dressé

(1) Rejet, 18 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 89).

avant le commencement des travaux, donc à un moment où l'architecte n'a encore aucune créance contre le propriétaire. Ainsi le privilége existe avec ses effets, quant au rang, avant qu'il y ait une créance. Peut-il y avoir un privilége, c'est-à-dire un droit accessoire sans créance principale ? Il est d'évidence que l'inscription du premier procès-verbal sera inopérante si les travaux ne s'exécutent pas; mais s'ils s'exécutent, il est tout aussi évident que le privilége rétroagit. La loi a dû le faire rétroagir au commencement des travaux; dès que des travaux sont annoncés, et que le projet est rendu public par la voie de l'inscription, les tiers qui traitent avec le propriétaire, en stipulant des hypothèques, doivent compter sur la plus-value qui résultera des travaux, car l'hypothèque s'étend aux améliorations que reçoit le fonds hypothéqué (art. 45; code civil, art. 2118). Si le privilége n'avait pas rétroagi, il eût été illusoire; la plus-value aurait servi de gage aux créanciers hypothécaires, et il n'en serait rien resté pour le créancier privilégié. Il est cependant juste que l'architecte prime les créanciers hypothécaires jusqu'à concurrence de la plus-value qu'il a procurée au fonds; la qualité de la créance doit donc faire rétroagir le privilége que la loi lui accorde. On ne peut pas dire que cette rétroactivité porte atteinte aux droits des tiers, car ceux-ci, prévenus par la publicité du procès-verbal, ont traité en connaissance de cause, et celui qui est averti qu'il ne doit pas compter sur la plus-value ne peut pas se plaindre s'il n'en profite pas.

D'après les motifs que nous venons d'exposer, il faudrait dire que le privilége a un effet rétroactif au jour de l'*inscription* du premier procès-verbal, car c'est cette publicité qui avertit les tiers. L'article 2110 du code civil est conçu en ce sens, tandis que l'article 38 dit que le privilége a rang à la *date* du premier *procès-verbal*. Si l'on prend le texte au pied de la lettre, il en résulte une conséquence qui choque tous les principes. Supposons que le premier procès-verbal soit dressé au mois de janvier; il n'est inscrit que le 1er mars, jour auquel les travaux commencent. Dans l'intervalle, un créancier hypothécaire prend inscription, il a connaissance des travaux que le propriétaire va exécu-

ter; ne voyant pas d'inscription, il doit compter sur la plus-value. Si ensuite le procès-verbal est inscrit, et que l'architecte prime le créancier hypothécaire, celui-ci sera trompé; ce que l'on ne peut guère admettre sous un régime de publicité. Peut-être le législateur a-t-il entendu par *date du procès-verbal* la date de l'inscription; il est certain que l'on ne voit aucune trace dans les travaux préparatoires de l'intention qu'aurait eue le législateur belge de déroger au code civil. Toutefois, si le cas se présentait, il faudrait décider que l'architecte prime le créancier antérieur à l'inscription du premier procès-verbal, quoiqu'il soit postérieur à la première expertise. Le texte est formel. On peut dire, pour l'expliquer, que le créancier hypothécaire a tort de compter sur des travaux qui ne sont pas commencés, il doit s'attendre, jusqu'au commencement des travaux, à voir le procès-verbal inscrit; la prudence lui commande donc de ne pas faire ses calculs sur une plus-value qui peut devenir le gage de l'architecte.

110. La loi dit que l'architecte conserve son privilége à la date du premier procès-verbal. Faut-il conclure de là qu'il primera seulement les créanciers postérieurs, tandis qu'il serait primé par les créanciers antérieurs? Non; les créanciers inscrits au moment où le premier procès-verbal est rédigé sont primés par l'architecte, bien entendu pour la plus-value résultant des travaux. Cela résulte des principes et du texte de la loi. La loi accorde un privilége à l'architecte à raison de la plus-value qu'il crée, et jusqu'à concurrence de cette plus-value, parce qu'il serait injuste que les autres créanciers profitassent des travaux de l'architecte sans lui tenir compte de l'augmentation de valeur qu'ils ont procurée au patrimoine du débiteur commun; le motif s'applique aux créanciers antérieurs aussi bien qu'aux créanciers postérieurs. Il est vrai que leur hypothèque s'étend aux améliorations que l'immeuble hypothéqué reçoit (art. 45; code civil, art. 2118); mais cela suppose qu'il n'existe pas de créance privilégiée du chef de ces améliorations; s'il y en a un, la justice exige qu'il soit payé par préférence aux créanciers antérieurs, qui n'ont pas dû compter sur des améliorations dont ils s'enrichiraient aux

dépens de celui qui les aurait produites. Le texte est en harmonie avec les principes. L'article 27, 5°, veut que les créanciers inscrits soient appelés au premier procès-verbal, pour mieux dire, à la première expertise, afin de sauvegarder leurs intérêts, en veillant à ce que l'immeuble soit estimé à la valeur exacte qu'il a lors du commencement des travaux; si on la fixait trop bas, la plus-value serait exagérée au profit de l'architecte et au détriment des créanciers antérieurs; ce qui suppose que les créanciers sont primés par l'architecte jusqu'à concurrence de la plus-value réelle que les travaux procurent au fonds.

Il y a encore une autre explication de la préférence que l'architecte a sur les créanciers, c'est de dire que le privilége l'emporte toujours sur l'hypothèque en vertu de sa nature (art. 12; code civil, art. 2095). Nous n'admettons pas le principe dans ces termes absolus, parce que ce serait établir la rétroactivité du privilége comme règle, tandis que, d'après la volonté bien certaine du législateur belge, la rétroactivité ne doit être qu'une exception. L'article 38 même prouve que le privilége ne rétroagit pas en principe; car, s'il rétroagissait toujours, il eût été inutile de dire que le privilége de l'architecte remonte au premier procès-verbal. A vrai dire, le privilége de l'architecte et les hypothèques inscrites avant les travaux portent sur des valeurs différentes : l'architecte exerce son droit sur la plus-value qu'il a produite par ses travaux; et les créanciers antérieurs n'ont de droit que sur la valeur de l'immeuble sur laquelle ils devaient compter, c'est-à-dire sur le prix provenant de l'aliénation, en y comprenant même les améliorations, sauf à désintéresser ceux qui ont créé la plus-value.

N° 2. CE QUE DEVIENT LE PRIVILÉGE QUAND LES CONDITIONS PRESCRITES POUR SA CONSERVATION N'ONT PAS ÉTÉ REMPLIES.

111. Nous avons dit plus haut quelles sont les conditions requises pour l'existence du privilége (nos 49-57). Si l'une de ces conditions fait défaut, il n'y a point de privilége, notamment si les deux procès-verbaux n'ont pas été

dressés; il ne peut pas s'agir, dans ce cas, de conserver un privilége qui n'existe point. Il en serait de même si les procès-verbaux avaient été dressés et que l'architecte eût négligé de les faire inscrire. C'est l'inscription qui donne vie au privilége; s'il n'est pas rendu public, il est inefficace, et il reste inefficace, puisque la loi veut que le premier procès-verbal soit inscrit avant le commencement des travaux et le second dans la quinzaine de la réception des ouvrages; si le second procès-verbal n'est pas rendu public dans ce délai, la loi déclare que le privilége est éteint et qu'il ne reste plus qu'une hypothèque. A plus forte raison en est-il ainsi quand aucun des deux procès-verbaux n'a été inscrit.

L'architecte aura-t-il au moins une hypothèque en vertu de l'article 38 (code civil, art. 2110)? Oui, s'il a fait dresser les deux procès-verbaux exigés par l'article 27 pour l'existence du privilége. Dans ce cas, le privilége existe; mais, n'ayant pas été conservé, on doit appliquer le principe de l'article 2113 (loi hyp., art. 36 et 37). Le privilége dégénère en hypothèque. Mais si l'architecte a négligé de faire dresser les procès-verbaux, il n'a jamais eu de privilége, et il ne peut plus en acquérir, puisque les expertises ne peuvent être faites qu'aux époques déterminées par la loi.

112. On demande si les créanciers antérieurs aux travaux peuvent se prévaloir de l'inaccomplissement des formalités que la loi prescrit pour l'existence et la conservation du privilége. L'affirmative est si certaine, que nous ne comprenons pas qu'elle ait été mise en doute. L'hypothèque de ces créanciers s'étend, en principe, sur les améliorations (art. 45; code civil, art. 2118), à moins qu'il n'y ait un privilége à raison des travaux. Donc c'est à l'architecte qui se prétend privilégié de prouver d'abord que le privilége existe, puis qu'il a été conservé; le créancier hypothécaire, comme défendeur, est admis à faire la preuve contraire, c'est-à-dire à soutenir que le privilége n'a jamais existé ou qu'il n'a pas été conservé. Cela décide la question (1).

113. Il se peut que l'un des procès-verbaux n'ait pas

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 275, nº 662.

été dressé ou inscrit, ou ne l'ait pas été aux époques déterminées par la loi. Que devient alors le privilége? L'article 38 ne prévoit qu'une hypothèse : le second procès-verbal n'est pas inscrit dans la quinzaine de la réception des travaux. Après ce délai, dit la loi, les entrepreneurs, architectes ou ouvriers n'auront qu'une hypothèque, qui ne prendra rang que du jour de l'inscription, et pour la plus-value seulement, c'est-à-dire que le privilége dégénère en hypothèque, comme dans les cas prévus par les articles 36 et 37. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur ces dispositions (n[os] 103 et 105). Il n'y a qu'une différence, c'est que l'architecte ne peut pas être déchu de l'action résolutoire, comme le sont les vendeurs, échangistes et donateurs, parce qu'il ne peut pas être question de la résolution du contrat quand il s'agit du privilége de l'architecte, ce privilége ne prenant naissance qu'après l'exécution du contrat d'entreprise. L'article 38 suppose l'existence d'un procès-verbal; s'il n'en a pas été dressé, l'architecte n'a jamais eu de privilége, puisque les procès-verbaux sont une condition requise pour l'existence du privilége que la loi lui accorde. Or, s'il n'y a point de privilége, il ne peut pas dégénérer en hypothèque. L'architecte qui ne se conforme pas à la loi n'acquiert pas de droit réel; il reste créancier chirographaire.

114. Si c'est le premier procès-verbal qui n'a pas été dressé ou qui n'a pas été inscrit avant le commencement des travaux, comme le veut la loi, que deviendra le privilége de l'architecte? Cette hypothèse donne lieu à des difficultés sérieuses. Supposons d'abord que le procès-verbal ait été dressé régulièrement; mais le créancier ne l'inscrit que pendant la durée des travaux, tandis que la loi veut qu'il soit inscrit avant que les travaux commencent : l'architecte sera-t-il par cela seul déchu de son privilége, en ce sens qu'il n'aura plus qu'une hypothèque? La question est importante; si le privilége dégénère en hypothèque, l'architecte sera primé par tous les créanciers inscrits avant lui; si, au contraire, il conserve son privilége, il primera les créanciers antérieurs aux travaux et les créanciers inscrits depuis l'inscription du premier procès-verbal.

A notre avis, le créancier conserve son privilége, en ce sens qu'il ne dégénère pas en hypothèque. Cela résulte du texte et des principes. L'article 38 ne prononce pas la déchéance dans cette hypothèse; or, les déchéances sont de droit étroit; c'est une peine, et il n'y a pas de peine sans loi. On objecte que la déchéance résulte du principe de l'article 2113; l'une des conditions prescrites pour la conservation du privilége n'ayant pas été remplie, le privilége doit dégénérer en hypothèque. Nous répondons que, sous l'empire du code civil, cette opinion, quoique rigoureuse, pouvait se soutenir; l'article 2113 fournissait un argument de texte, et, en matière de priviléges, le texte est décisif. Mais la loi belge ne reproduit pas la disposition de l'article 2113 comme principe général; elle ne l'applique que dans quelques cas (art. 36 et 37), à titre de déchéance; et les peines ne s'étendent pas. L'argument que nous tirons du silence de l'article 38 est confirmé par l'esprit de la loi. Pourquoi la loi veut-elle que le premier procès-verbal soit inscrit? Pour avertir les tiers qu'il y aura un privilége en faveur de l'architecte par suite des travaux qui vont être exécutés sur le fonds. Si le procès-verbal est inscrit avant le commencement des travaux, tous les créanciers postérieurs sont prévenus, et, par suite, le créancier privilégié les primera tous. Si le procès-verbal est inscrit pendant la durée des travaux, les créanciers qui auront fait inscrire leur hypothèque avant l'inscription du procès-verbal n'ayant pas été prévenus, la publicité tardive du procès-verbal ne doit pas leur nuire; par suite, on ne pourra pas la leur opposer; à leur égard, le privilége n'aura rang qu'à partir de son inscription. C'est dire qu'ils primeront l'architecte. Cela est conforme aux principes : un privilége non rendu public ne peut primer ceux dans l'intérêt desquels la publicité est prescrite.

Il reste une difficulté. S'il y a des créanciers inscrits avant les travaux, l'architecte qui n'a fait inscrire son premier procès-verbal que pendant la durée des travaux les primera-t-il? L'affirmative est certaine, si l'on admet que l'architecte conserve son privilége, car tous les motifs pour lesquels le privilége l'emporte sur les hypothèques anté-

rieures aux travaux subsistent (n° 110). C'est en vertu de la nature de la créance que l'architecte prime les créanciers antérieurs; il suffit donc qu'il conserve son privilége pour exercer son droit de préférence. Qu'importe aux créanciers antérieurs aux travaux quand le premier procès-verbal est inscrit? Leur intérêt est sauvegardé dès que les procès-verbaux sont dressés, comme la loi le prescrit, la publicité de ces procès-verbaux n'intéresse que les créanciers qui traiteront avec le propriétaire après le commencement des travaux. On objecte que cette opinion conduit à une anomalie inexplicable. Il y a des créanciers inscrits en 1875; les travaux commencent le 1er mars 1876; le procès-verbal dressé en février n'est inscrit que le 1er juin; des hypothèques ont été concédées dans l'intervalle du 1er mars au 1er juin; d'autres depuis le 1er juin jusqu'à l'inscription du second procès-verbal. L'architecte primera d'abord les créanciers inscrits depuis le 1er juin 1876, puis les créanciers inscrits en 1875, et il sera primé par les créanciers inscrits du 1er mars au 1er juin 1876; et cependant ceux-ci sont primés par les créanciers de 1875. Nous répondons que l'anomalie n'est qu'apparente et que le rang assigné aux divers créanciers, dans notre système, se justifie parfaitement. Si le créancier privilégié prime les créanciers antérieurs aux travaux, c'est qu'à leur égard il a conservé son privilége, la date de l'inscription du procès-verbal leur étant indifférente. Si, au contraire, l'architecte est primé par les créanciers inscrits après le commencement des travaux, mais avant l'inscription du premier procès-verbal, c'est qu'à leur égard il n'a pas conservé son privilége, car c'est précisément pour les avertir de l'existence du privilége qui les primera que la loi veut que le premier procès-verbal soit inscrit avant le commencement des travaux; cette inscription n'ayant pas eu lieu, le privilége n'existe pas à leur égard. Quant au rang que les divers créanciers hypothécaires ont entre eux, il se règle par la date de l'inscription; c'est le droit commun; ce rang est étranger à l'architecte, puisqu'il est payé sur la plus-value par préférence aux créanciers hypothécaires; il ne se trouve en conflit qu'avec les hypothèques inscrites depuis le com-

mencement des travaux et avant l'inscription du premier procès-verbal : ceux-ci le priment sur cette plus-value, parce qu'ils ont dû y compter, ayant traité avec le propriétaire alors qu'ils ont dû croire qu'il n'y aurait pas de privilége, parce qu'il n'y avait pas de procès-verbal inscrit.

115. Nous avons supposé jusqu'ici que le premier procès-verbal avait été dressé avant le commencement des travaux, ainsi que le veut la loi. Que devient le privilége lorsque le procès-verbal n'est dressé qu'après le commencement des travaux? Dans ce cas, il y a conflit entre les créanciers antérieurs et l'architecte. Quant aux créanciers inscrits après que les travaux ont commencé et avant que le procès-verbal soit dressé et inscrit, l'architecte ne peut leur opposer son privilége; nous venons de dire (n° 114) que l'architecte est primé par ces créanciers par cela seul que le procès-verbal n'est *inscrit* que pendant le cours des travaux; à plus forte raison doit-il être primé lorsque le procès-verbal est *dressé* seulement après que les travaux ont commencé. Faut-il dire la même chose des créanciers antérieurs aux travaux? La difficulté, dans l'espèce, ne tient pas à l'inscription du procès-verbal, car la publicité est indifférente aux créanciers antérieurs; la question est de savoir si, à défaut de procès-verbal dressé avant le commencement des travaux, le privilége de l'architecte peut prendre naissance. Il y a un doute très-sérieux, c'est que la loi exige la première expertise comme condition d'existence du privilége, et elle veut que le procès-verbal soit dressé avant l'ouverture des travaux (n° 52). Le doute seul nous paraît décisif; dès que l'on n'est pas dans les termes de la loi, il n'y a point de privilége. Dans l'opinion générale, on distingue : si les travaux permettent de constater encore l'état des lieux antérieur aux ouvrages déjà exécutés, dans ce cas, l'on admet que le privilége existe; tandis qu'il n'existe point si les ouvrages sont trop avancés pour que l'on puisse constater quel était l'état des lieux primitif (1). La distinction est équitable, mais elle est contraire au texte; ce qui, en matière de priviléges, suffit pour qu'on la rejette.

(1) Martou, t. II, p. 223, n° 602. Aubry et Rau, t. III, p. 176, note 38, § 263, et les arrêts qui y sont cités.

On a proposé une autre distinction. Le procès-verbal se fait à une époque où il n'est plus possible de reconnaître avec exactitude l'état des lieux antérieur aux travaux; il est certain que, dans ce cas, l'architecte ne peut pas primer les créanciers antérieurs au commencement des travaux pour les ouvrages qu'il a exécutés avant de procéder à l'expertise, car, sans expertise antérieure aux travaux, il ne saurait y avoir de privilége. Mais l'architecte n'aura-t-il pas de privilége pour les travaux qu'il exécutera à partir du procès-verbal qu'il dressera? La jurisprudence est divisée; la cour de cassation s'est prononcée contre l'architecte; elle invoque le texte et l'esprit de la loi. Si l'on s'en tient rigoureusement au texte, il faut refuser le privilége à l'architecte; en effet, il n'a pas rempli la condition que la loi exige pour l'existence du privilége (art. 27, 5°); cela est décisif. Cette rigueur se justifie par l'intérêt que les créanciers antérieurs ont à ce que l'expertise se fasse à un moment où l'état des lieux peut être constaté avec exactitude; c'est plus qu'un intérêt pour eux, c'est un droit établi par la loi, car la loi veut qu'ils soient appelés à la première expertise (1). L'esprit de la loi que la cour invoque nous laisse un doute sur la doctrine qu'elle a consacrée. L'architecte n'oppose pas son privilége aux créanciers antérieurs pour les travaux qu'il a faits avant de dresser son procès-verbal; donc l'intérêt et le droit des créanciers antérieurs ne sont pas en cause; leur intérêt est sauvegardé, car ils exercent leur hypothèque sur le fonds, eu égard à l'état des lieux au moment où le procès-verbal est dressé; loin de perdre, ils gagnent, puisqu'ils profitent des ouvrages déjà exécutés; leur droit est respecté, puisque, on le suppose, ils sont appelés à l'expertise qui se fait. Il y a des arrêts de la cour de Paris en ce sens (2). Toutefois nous préférons la jurisprudence plus rigoureuse de la cour de

(1) Rejet, 20 novembre 1839 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 471), et Rejet, 1er mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 216). Il y a, en ce sens, un jugement très-bien rédigé, du tribunal de la Seine, confirmé en appel, Paris, 26 mars 1836 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 468, 2°).

(2) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 472; et Paris, 20 août 1867 (Dalloz, 1867, 2, 188). Comparez Martou, t. II, p. 224, n° 604.

cassation. Il n'est pas exact de dire que le droit et l'intérêt des créanciers antérieurs sont saufs. Supposons que les travaux consistent à démolir d'anciennes constructions, pour les remplacer par des bâtiments nouveaux; au moment où le procès-verbal est dressé, le travail de démolition est achevé et la reconstruction va commencer. Il est certain que, dans cette hypothèse, on ne pourra déterminer avec certitude l'état des lieux antérieur aux travaux, et l'on ne peut pas dire non plus que les créanciers antérieurs profiteront des ouvrages; vainement les appellera-t-on au procès-verbal, il est trop tard pour sauvegarder leur intérêt; et cet intérêt étant un droit, il faut dire, avec la cour de cassation, que la condition requise pour garantir les droits des créanciers antérieurs ne pouvant pas être remplie par un procès-verbal dressé dans le cours des travaux, l'architecte n'aura pas de privilége.

§ VIII. *De la séparation des patrimoines.*

116. L'article 39 soumet à la publicité la séparation des patrimoines. En faut-il conclure que le droit des créanciers et des légataires est un privilége? Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette difficile matière, au titre des *Successions* (t. X, n°s 28-38 et 55-69).

§ IX. *Des cessionnaires des créances privilégiées.*

117. « Les cessionnaires des créances privilégiées exercent les mêmes droits que les cédants en leur lieu et place, en se conformant aux dispositions de l'article 5 de la présente loi » (art. 40). C'est la reproduction de l'article 1692 du code Napoléon, aux termes duquel la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, *privilége* et hypothèque. On a remarqué que l'article 40 porte que les cessionnaires exercent les *mêmes* droits, et l'on en a conclu que les cessionnaires jouissaient aussi du droit de résolution qui appartient au cédant. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Vente*, sur cette

question (t. XXIV, n° 535); c'est là qu'est le siége de la difficulté, et non dans l'article 40, qui ne parle que des priviléges, comme le prouve le renvoi à l'article 5, qui prescrit la publicité de la cession quand la créance est privilégiée ou hypothécaire. Nous avons expliqué cette disposition en traitant de la *Transcription*.

118. Le créancier cède une partie de la créance. Quels sont, dans ce cas, les droits respectifs du cédant et du cessionnaire? L'un et l'autre ont une créance privilégiée; et, la cause du privilége étant identique, il faut appliquer l'article 14 (code civil, art. 2097), aux termes duquel les créanciers privilégiés, qui ont un privilége de même qualité, ont le même rang et sont payés par préférence. Cela a été contesté par Troplong; mais, la solution étant écrite dans le texte de la loi, il est inutile de discuter ce que la loi a décidé. La jurisprudence est en ce sens (1). Il en est autrement quand un créancier reçoit un payement partiel avec subrogation : on applique, dans ce cas, l'article 1252, qui porte : « La subrogation ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un payement partiel. » Nous avons dit, au titre des *Obligations*, quel est le motif de cette préférence et pourquoi le cessionnaire ne peut pas s'en prévaloir (t. XVIII, n° 132).

119. Faut-il admettre une exception à ces principes lorsque le cédant a garanti la solvabilité du cessionnaire? La cour de Paris a jugé que, dans ce cas, le cessionnaire doit être payé par préférence. Cela nous paraît très-douteux. La garantie est une obligation personnelle qui ne donne au cessionnaire aucun droit réel sur la chose. Dans l'espèce jugée par la cour de Paris, il y avait une seconde cession, faite sans garantie de solvabilité; elle a décidé que le cédant n'avait pu transférer la partie de la créance qui lui restait qu'avec le droit de préférence dont elle était grevée au profit du premier cessionnaire, parce que, dit

(1) Cassation, 4 août 1817 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 495), et 29 mai 1866 (Dalloz, 1866, 1, 481). Pont discute la question (t. I, p. 232, n° 239).

l'arrêt, le second cessionnaire ne peut avoir plus de droit que son cédant (1). Ici est l'erreur, à notre avis. Les obligations ne passent pas aux ayants cause à titre particulier, il n'y a que les droits réels qui peuvent être exercés contre tout successeur; or, la promesse de garantie n'engendre qu'un lien personnel entre le cédant et le cessionnaire, ce qui est décisif.

ARTICLE 4. Concours de l'action résolutoire et des priviléges du vendeur, de l'échangiste et du donateur.

§ I. *Le principe du code civil et le principe de la loi nouvelle.*

N° 1. LE CODE CIVIL.

120. Il y a trois créanciers privilégiés qui, outre leur privilége, ont une action en résolution de l'acte qui a donné naissance au privilége : le vendeur, le donateur et l'échangiste. Quand l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur a deux droits, il peut réclamer le prix avec privilége et il peut demander la résolution de la vente. Le donateur qui a imposé des charges au donataire peut exiger l'accomplissement de ces charges avec privilége; il a aussi l'action en révocation de la donation, action fondée, comme celle du vendeur, sur la condition résolutoire tacite. Enfin l'échangiste évincé peut agir en dommages-intérêts, avec privilége, il peut aussi répéter sa chose (art. 1705); cette action en répétition est également une action en résolution du contrat (n°s 2, 22 et 25).

121. Quel est le rapport entre l'action en résolution et le privilége? Il y a un effet qui est commun au privilége et à l'action résolutoire, c'est que l'exercice de l'un et l'autre de ces droits réagit contre les tiers. Le privilége, de son essence, est une préférence que le créancier privilégié a sur les autres créanciers; cette préférence lui donne un droit réel sur l'immeuble, et, partant, le droit de suite; le créancier privilégié a donc l'action hypothécaire contre

(1) Paris, 17 avril 1834 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 494). Dans le même sens, Pont, t. I, p. 231, n° 239.

tout tiers détenteur; cette action conduit à l'éviction du propriétaire qui possède un immeuble grevé de privilége. L'action en résolution est une action personnelle, puisqu'elle naît d'un contrat, mais quand le contrat est résolu, tous les droits concédés à des tiers par le propriétaire dont le droit est résolu sont également résolus, aliénations, hypothèques et droits réels quelconques.

122. Les tiers sont donc grandement intéressés à connaître l'existence du privilége et de l'action résolutoire, au moment où ils traitent avec un propriétaire dont le bien est grevé de privilége ou dont le droit est sujet à résolution. C'est dans l'intérêt des tiers que le code Napoléon soumet les priviléges à la publicité; le privilége qui n'est pas rendu public ne peut être opposé aux tiers acquéreurs, créanciers hypothécaires, ni même aux créanciers chirographaires; quant aux priviléges inscrits, les tiers les connaissent, ils traitent par conséquent en connaissance de cause, et peuvent sauvegarder leurs intérêts.

Il n'en est pas de même de l'action résolutoire; elle est fondée sur une condition tacite, résultant de l'inexécution des obligations contractées par l'acquéreur. Sous l'empire du code civil, les actes translatifs de propriété n'étaient pas soumis à la transcription, et la transcription par elle seule ne fait pas connaître la condition résolutoire tacite qui affecte la propriété de l'acquéreur. Le code disait, à la vérité, que le privilége du vendeur se conservait par la transcription; cela supposait le maintien du principe de publicité organisé par la loi de brumaire an VII; malheureusement ce système fut abandonné, de sorte que l'article 2108 resta une lettre morte, et, par suite, rien ne faisait connaître aux tiers que le prix fût dû à un vendeur, armé du droit de résolution. La condition résolutoire restait donc secrète. Les tiers pouvaient être évincés par un vendeur non payé, sans qu'ils eussent un moyen de connaître l'existence du droit qui venait résoudre leur propriété.

123. La contradiction était évidente. Si le privilége doit être rendu public pour garantir les intérêts des tiers, l'action résolutoire aussi doit être rendue publique, parce

que les tiers étant menacés également par la résolution, ont intérêt à connaître le droit de résolution aussi bien que le privilége. Là ne s'arrêtait point la contradiction des principes que le code civil consacrait. Le tiers acquéreur avait un moyen d'affranchir l'immeuble des hypothèques et des priviléges qui le grevaient : c'était la purge. Mais la purge n'effaçait pas l'action résolutoire. Vainement le tiers acquéreur purgeait-il le privilége du vendeur, le droit de résolution survivait au privilége ; la propriété des tiers acquéreurs était donc sans cesse menacée par le droit de résolution d'un vendeur non payé, ils n'étaient à l'abri de l'éviction que lorsque l'action résolutoire était éteinte par la prescription.

124. Le privilége et le droit de résolution étaient régis par des principes essentiellement différents. Dans la théorie du code, ces deux droits étaient indépendants l'un de l'autre, de sorte que le privilége pouvait périr, et le vendeur conservait néanmoins le droit de résolution. Nous venons de dire qu'il en était ainsi en cas de purge. La loi prescrivait des règles sévères pour la conservation du privilége, toutes dictées par l'intérêt des tiers ; si le privilége n'était pas inscrit, si l'inscription n'était pas renouvelée, le vendeur était déchu de son droit de préférence. Cette déchéance entraînait-elle celle de l'action résolutoire ? Non, car le droit de résolution n'était pas une dépendance du privilége ; les deux droits étaient distincts par leur nature, leur objet, leur effet. Le privilége est une garantie accessoire de la créance, droit essentiellement mobilier ; la résolution est un droit immobilier, car il tend à résoudre une vente immobilière et à faire rentrer l'immeuble dans les mains du vendeur, comme s'il n'en était jamais sorti. Quand le vendeur exerce son privilége, il maintient le contrat dont il poursuit l'exécution. Quand il exerce l'action résolutoire, il demande la résolution du contrat, et si le juge la prononce, la vente est censée n'avoir jamais existé. Ces différences entre les deux droits sont réelles, elles subsistent toujours, mais la conséquence qui en résultait sous l'empire du code était désastreuse, et c'est en ce point que le législateur belge a innové.

125. Le système du code était aussi absurde dans ses conséquences que funeste pour les tiers. En soumettant la conservation du privilége à des conditions rigoureuses, la loi voulait garantir les droits des tiers; mais vainement déclarait-elle le vendeur déchu de son privilége dans l'intérêt des tiers acquéreurs, elle sacrifiait cet intérêt en permettant au vendeur, déchu de son privilége, de demander la résolution de la vente. « Tombe-t-il sous le sens, s'écrie Merlin, qu'un tiers acquéreur qui, à défaut d'inscription, ne peut pas être poursuivi hypothécairement par le vendeur, puisse cependant être exproprié par celui-ci? » L'esprit logique du grand jurisconsulte se révoltait contre cette absurdité; et néanmoins il était obligé de reconnaître que le droit de résolution survivait au privilége. On essaya de soutenir qu'il ne survivait point; mais la jurisprudence écarta cette interprétation contraire aux principes et sans appui dans les textes (1). Elle fut obligée de consacrer les conséquences les plus extrêmes du principe, que le privilége est indépendant de l'action résolutoire.

Le vendeur ne conservait pas seulement son droit à la résolution lorsqu'il avait négligé de remplir les formalités prescrites pour la conservation du privilége, il pouvait encore agir en résolution après avoir formellement renoncé à son droit de préférence, car il avait deux droits distincts, et en renonçant à l'un, il ne renonçait pas à l'autre. Quand un ordre s'ouvrait pour la distribution du prix de l'immeuble, le vendeur y était appelé comme créancier privilégié, son privilége lui assurait le payement de sa créance; s'il trouvait bon de ne pas se présenter à l'ordre, il conservait néanmoins le droit de résolution, dont l'exercice faisait tomber la vente volontaire ou forcée de l'immeuble. Vainement le tiers acquéreur purgeait-il, il effaçait les priviléges du vendeur, il n'effaçait pas le droit de résolution (2).

(1) Martou, t. II, p. 234, et note 1, n° 615 et les arrêts qu'il cite.
(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. IV, p. 401 et suiv., notes 40-43, § 356. Comparez Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 422, nos 750 et 751.

N° 2. LA LOI NOUVELLE.

126. Les effets funestes de la condition résolutoire ont fait naître la pensée de l'abolir, chez des hommes préoccupés avant tout de l'intérêt du crédit; car c'est cet intérêt qui est en cause dans le régime hypothécaire, et par conséquent dans le concours de l'action résolutoire et du privilége. Un projet de loi sur le régime hypothécaire ayant été soumis à l'Assemblée nationale, en 1850, les économistes demandèrent que la condition résolutoire n'eût aucun effet à l'égard des tiers : c'était en demander l'abolition. Les bonnes raisons ne leur manquaient point sur le terrain de l'économie politique. Ils disaient que la richesse privée et la richesse publique ne pouvaient se développer que lorsque la législation assure aux propriétaires le crédit auquel leur donne droit la valeur des biens qu'ils possèdent. Cela suppose qu'ils peuvent vendre et emprunter facilement. Mais pour que le propriétaire trouve des acquéreurs ou des bailleurs de fonds, il faut que les tiers aient une pleine garantie de la solidité du placement qu'ils font de leurs capitaux, en achetant ou en prêtant sur garantie hypothécaire. Or, toutes les garanties que la loi leur donne ou qu'ils stipulent peuvent devenir illusoires, si un vendeur non payé a le droit de les évincer. Qu'arrivera-t-il? Ou ils ne traiteront pas, ou ils traiteront à des conditions onéreuses pour le propriétaire. Le crédit en sera ébranlé, et, par suite, la richesse des particuliers en souffrira aussi bien que la richesse publique. Les économistes ajoutaient que l'action résolutoire n'avait pas de raison d'être, puisque le vendeur était suffisamment garanti par son privilége, qui lui assure son payement.

127. Des hommes de talent prêtèrent à cette théorie l'appui de leur éloquence; Vatimesnil, Michel de Bourges, Dupont de Boussac attaquèrent la condition résolutoire avec violence, et sur le terrain économique il était difficile de leur répondre. Mais la question a encore une autre face, celle du droit. Deux jurisconsultes qui illustrent la chaire et le barreau, Valette et Crémieux, prirent en mains la défense du droit. Ici la scène change. Peut-on défendre

aux parties contractantes de subordonner leurs conventions à une condition résolutoire? Non, car c'est l'exercice légitime de la propriété, et, sauf les socialistes et les communistes, personne n'a encore demandé que la propriété fût vinculée, c'est-à-dire annulée, au nom de l'économie politique. Les adversaires de la condition résolutoire n'osèrent pas aller jusque-là, et il faudrait cependant aller jusque-là si l'on veut répudier la condition résolutoire tacite, car cette condition n'est autre chose que le pacte commissoire transporté dans la loi, ce qui dispense les parties de le stipuler; mais c'est toujours par leur volonté que la condition résolutoire est sous-entendue dans les contrats synallagmatiques; la loi ne la leur impose pas, elle suppose que les parties la veulent, et telle est bien la réalité des choses. Si les parties veulent la résolution, dans le cas où l'une d'elles manque à ses engagements, et si elles ont le droit de la vouloir, tout est décidé : il n'y a pas de droit contre le droit, et surtout il n'y a pas d'intérêt contre le droit. Nous avons un grand respect pour l'économie politique, mais nous avons encore un plus grand respect pour le droit, parce que l'empire appartient au droit et non aux intérêts. Il importe aux peuples d'être riches, mais malheur à eux s'ils le deviennent en sacrifiant le droit à leur prospérité matérielle! Une pareille société repose sur le sable du désert, et quand la tempête arrive, la société s'abîme dans la boue. Nous nous défions de l'économie politique depuis que nous avons entendu soutenir, en son nom, les thèses les plus absurdes, telles que la liberté du père de famille d'instruire ou de ne pas instruire ses enfants, la liberté de les tuer physiquement ou moralement, en les envoyant à l'atelier à un âge où ils devraient encore être à l'école gardienne. Le droit de l'enfant proteste contre de pareilles énormités. Il est bon que la voix du droit se fasse entendre au sein d'une société qui est tentée de n'écouter que l'intérêt.

La lutte dura trois jours à l'Assemblée nationale; le droit finit par l'emporter (1). Il n'y avait qu'une objection spé-

(1) Mourlon l'a très-bien résumée dans son *Traité de la transcription*, t. II, p. 435, nos 772-776.

cieuse que les économistes empruntèrent au droit. Le privilége, à les entendre, suffisait pour garantir les droits du vendeur. S'il en était ainsi, la loi pourrait se contenter de donner cette sûreté au vendeur; il serait inutile de lui accorder le droit de résolution. Mais l'expérience de tous les jours prouve que le privilége est insuffisant; c'est parce qu'il l'est, que le vendeur agit en résolution. Il a vendu pour toucher le prix de sa chose; assurez-lui ce prix, il ne demandera pas la résolution de la vente. Mais si la chose est dépréciée, la vente forcée de l'immeuble, qui absorbe déjà en frais une partie du prix, donnera-t-elle au vendeur son prix intégral? Il ne lui en reste souvent que la moitié. Voilà pourquoi il est forcé de recourir à la résolution, plus expéditive, moins frayeuse et plus efficace que l'expropriation forcée.

128. Les économistes avaient cependant raison en un point, et les jurisconsultes ne songeaient pas à le contester; ils avaient été les premiers à signaler les vices du système que le code civil consacrait. Il y avait désharmonie complète dans ce système. Le privilége était public et l'action résolutoire était secrète. A défaut de publicité, le privilége s'éteignait, tandis que l'action résolutoire survivait. Le tiers acquéreur pouvait effacer le privilége, et il n'avait aucun moyen de se mettre à l'abri de la résolution. Il fallait corriger ces défauts, et le moyen était très-simple, c'était de faire le contraire de ce qu'avaient fait les auteurs du code. Non pas abolir l'action résolutoire, mais la rendre publique, en la subordonnant en tout au privilége. C'est un ministre du second empire, Rouher, qui proposa cette innovation; elle résolvait le problème en maintenant le droit de résolution, tout en lui donnant la publicité du privilége, et en le déclarant éteint lorsque le privilége serait éteint. Le droit de propriété était respecté et les intérêts des tiers sauvegardés. On donnait donc satisfaction à ce qu'il y avait de légitime dans les réclamations des économistes. C'est la clandestinité qui crée les dangers dont souffrent les tiers : la publicité les avertit et les met à même de sauvegarder leurs intérêts.

La proposition de Rouher fut adoptée par l'Assemblée

nationale, et elle passa dans la loi française de 1855 sur la transcription (1). Lors de la discussion de notre loi hypothécaire, le ministre de la justice proposa la même solution, en la complétant. D'abord elle se trouve naturellement étendue au privilége de l'échangiste et du donateur, les raisons étant identiques. Puis l'article 28 permet aux tiers d'arrêter l'action en résolution en offrant le prix au demandeur; et, même après que la résolution est prononcée, la loi transporte le droit des tiers créanciers hypothécaires sur les sommes que le demandeur en résolution est dans le cas de restituer. Enfin la loi belge organise la purge de manière que l'action résolutoire soit effacée ou qu'elle ne nuise pas au tiers acquéreur. Nous reviendrons sur ce dernier point en traitant de la purge; pour le moment, nous limitons nos explications à l'article 28.

§ II. *A quels cas l'article 28 est-il applicable?*

129. L'article 28 porte : « L'action résolutoire de la vente, établie par l'article 1654, ne peut être exercée après l'extinction ou la déchéance du privilége établi par l'article précédent. » Quelle est l'action résolutoire que la loi subordonne à la conservation du privilége? L'article 28 ne s'applique qu'à la condition résolutoire qui est rappelée par l'article 1654, lequel est ainsi conçu : « Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente. » Cette disposition n'est que l'application du principe général consacré par l'article 1184 en ces termes; « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. » C'est ce qu'on appelle la condition résolutoire tacite. Il suit de là

(1) Nous transcrivons l'article 7 de la loi, pour qu'on puisse le comparer avec l'article 28 de notre loi; il y a des différences : « L'action résolutoire établie par l'article 1654 du code Napoléon ne peut être exercée, après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. »

que l'article 28 n'est applicable qu'à la condition résolutoire tacite, car la loi est conçue en termes restrictifs; elle cite l'article1654, qui applique à la vente la condition résolutoire tacite. Outre la condition résolutoire tacite, il y a une condition résolutoire expresse, c'est celle qui est définie par les articles 1183 et 1168 : elle est stipulée par les parties et elle a pour effet de révoquer ou de résilier le contrat, en remettant les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. La condition résolutoire expresse, de même que la condition résolutoire tacite, opère la résolution, non-seulement de la vente à laquelle elle est attachée, mais encore de tous les actes de disposition faits par l'acheteur; de sorte que, si la vente est résolue, les aliénations et les hypothèques consenties par l'acheteur le sont également. Puisque toute condition résolutoire agit contre les tiers, pourquoi le législateur a-t-il limité son innovation à la condition résolutoire tacite? Il est vrai que la condition résolutoire expresse a pour les tiers les mêmes résultats que la condition résolutoire tacite; elle anéantit, en s'accomplissant, tous les droits que les tiers ont acquis sur la chose. Toutefois elle est moins dangereuse. D'abord, dans le système de la loi nouvelle, elle est rendue publique, puisque l'acte de vente doit être transcrit en entier pour que la propriété soit transférée à l'égard des tiers. Ceux qui traitent avec le possesseur d'un immeuble peuvent donc s'assurer de l'existence des conditions sous lesquelles il en est devenu propriétaire; étant avertis par la publicité de l'acte, ils traitent en connaissance de cause. Le plus souvent ils ne traiteront pas, puisqu'ils risquent de voir leurs droits résolus si la condition s'accomplit. C'est encore un mal, mais il est attaché à toute condition, et la loi ne pouvait pas prohiber les contrats conditionnels. D'ailleurs le principe de l'article 28 ne peut recevoir son application à la condition résolutoire expresse; en effet, il suppose que le vendeur a deux droits, l'action résolutoire et un privilége; or, dans le cas d'une condition résolutoire expresse, le vendeur n'a qu'un seul droit, le droit à la résolution, il n'a pas de privilége; il ne pouvait donc s'agir de subordonner l'action résolutoire à la con-

servation d'un privilége qui n'existe point (1). A vrai dire, il n'y a pas même d'*action* résolutoire, puisque la résolution a lieu de plein droit. Pour que l'article 28 soit applicable, il faut donc que le créancier ait tout ensemble un privilége et une action résolutoire; il en est ainsi du vendeur quand le prix n'est pas payé.

130. L'article 28 ajoute qu'il en est de même de l'action en reprise de l'objet échangé établie par l'article 1705. Cet article porte : « Le copermutant qui est évincé de la chose qu'il a reçue en échange, a le choix de conclure à des dommages-intérêts, ou de répéter sa chose. » Il a donc deux droits, comme le vendeur. Il peut demander des dommages-intérêts qui représentent la valeur de la chose et tiennent lieu de prix à l'échangiste évincé; ce droit est garanti par un privilége (art. 27, 2°). L'échangiste peut aussi répéter la chose. Cette action en répétition est une vraie action en résolution fondée sur le principe de l'article 1184: le copermutant s'oblige à transférer la propriété de la chose qu'il donne en échange de celle qu'il reçoit; s'il ne remplit pas cette obligation, et si le coéchangiste est évincé de la chose qu'il a reçue, il y a lieu d'appliquer la condition résolutoire tacite de l'article 1184. Ainsi l'échangiste évincé se trouve dans la même situation que le vendeur non payé; il a tout ensemble un privilége pour le payement des dommages-intérêts qu'il peut réclamer, et il a l'action résolutoire. La loi a donc dû appliquer à l'échangiste le principe qu'elle établit pour le vendeur.

131. L'article 28 s'applique aussi à la donation quand elle est faite avec charge. Aux termes de l'article 953, la donation peut être *révoquée* pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle a été faite. Cette *révocation* n'est autre chose que la *résolution;* le donataire ne remplissant pas ses obligations, le donateur peut agir en résolution, par application du principe de l'article 1184. La loi lui donne aussi un privilége ; il y a donc concours du privilége et de l'action résolutoire; ce qui est l'hypothèse pré-

(1) Martou, t. II, p. 236, n° 616. Comparez Aubry et Rau, t. IV, p. 402. note 47, § 356.

vue par la loi nouvelle : l'action résolutoire sera subordonnée à la conservation du privilége.

La loi le dit dans le deuxième alinéa de l'article 28 : « La même règle s'applique à l'action en révocation fondée sur l'inexécution des conditions qui auraient pu être garanties par le privilége. » Cette rédaction est singulière. La loi ne parle pas de la donation, elle ne cite pas, comme elle le fait en cas de vente et d'échange, l'article du code qui établit le principe de la résolution (art. 953); conçue en termes généraux, la disposition semble comprendre d'autres cas encore que la donation. En effet, la vente peut être faite avec des charges qui tiennent lieu de partie du prix : le vendeur a, dans ce cas, un privilége pour assurer l'exécution des charges, et il a une action en résolution si les charges ne sont pas accomplies; cette hypothèse rentre dans les termes généraux du deuxième alinéa, mais il était inutile de la prévoir dans le deuxième alinéa, puisqu'elle tombe sous l'application de la règle établie par le premier alinéa, les charges étant comprises sous le nom de *prix*.

Le deuxième alinéa s'applique-t-il à l'échange? Il est certain que l'échange peut aussi être fait sous certaines charges qui tiennent lieu de soulte ou des dommages-intérêts auxquels le copermutant a droit en cas d'éviction; dans ces cas, l'échangiste a deux droits, un privilége et une action en résolution. Cette hypothèse rentre dans le deuxième alinéa; mais il était inutile de la prévoir dans le deuxième alinéa, puisqu'elle tombe aussi sous l'application du premier.

Il faut donc dire que la loi est mal rédigée; elle entendait parler, dans le deuxième alinéa, du donateur; ce qui le prouve, c'est qu'elle se sert du mot de *révocation*, qui est le terme technique pour marquer la résolution de la donation en cas d'inexécution des charges (art. 953 et 954). En tout cas, la loi aurait dû mentionner spécialement la donation, comme elle mentionne la vente et l'échange; car, après les deux premiers alinéas, il en vient un troisième, où il est question du vendeur, de l'échangiste et du *donateur*; tandis que dans les dispositions qui précèdent il n'est pas parlé du *donateur*, du moins explicitement; il eût été

plus simple de dire que la même règle s'applique à l'action en révocation de la donation établie par l'article 953 (1).

132. L'article 28 s'applique-t-il au pacte commissoire? On donne ce nom à la condition résolutoire tacite quand elle est écrite dans le contrat. Cette clause est très-fréquente en matière de vente. L'article 1656 prévoit une clause commissoire, celle qui porte que, faute de payement du prix dans le terme convenu, la vente sera résolue de plein droit. De là la question de savoir si l'article 28 est applicable au cas prévu par l'article 1656. La question doit être posée en termes plus généraux, car l'article 1656 ne prévoit que l'une des formes du pacte commissoire; il faut donc généraliser la question et demander si l'article 28 est applicable à la condition résolutoire stipulée pour le cas où l'acheteur ne payerait pas le prix. Il y a controverse. A notre avis, il faut distinguer entre le pacte commissoire qui s'identifie avec la condition résolutoire tacite et le pacte commissoire qui produit les effets de la condition résolutoire expresse.

Lorsque le pacte commissoire ne fait que reproduire les termes de l'article 1654 ou de l'article 1184, il ne diffère en rien de la condition résolutoire tacite; donc il tombe sous l'application de l'article 28. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations*. Le texte de la loi est applicable à cette hypothèse; ce qui est décisif en matière de priviléges. L'article 28 dit : « *L'action résolutoire de la vente*, établie par l'article 1654. » Dans l'espèce, le pacte commissoire donne lieu à une *action résolutoire*. Quant à l'article 1654, il suppose aussi que la résolution est *demandée* si l'acheteur ne paye pas le prix. Or, la résolution doit être *demandée* dans le cas où le pacte commissoire ne fait que transcrire dans l'acte la disposition de l'article 1654 ou celle de l'article 1184. En effet, le caractère qui distingue la condition résolutoire tacite, c'est qu'elle ne résout pas le contrat de plein droit : la résolution doit être *demandée* en justice; nous sommes donc dans les termes de l'article 1654. Il y a cependant une objec-

(1) Comparez, en sens divers, Martou, t. II, p. 240, n° 625; Cloes, t. I, p. 452, n°s 768-770, et Delebecque, p. 149, n° 181.

tion. Ce qui rend la condition résolutoire tacite si dangereuse pour les tiers, c'est qu'elle est occulte, ils ne peuvent pas savoir s'il y a un vendeur non payé; or, quand la condition résolutoire est écrite dans le contrat, elle est rendue publique par la transcription ; donc les tiers peuvent la connaître, et, par suite, les dangers de la résolution disparaissent, en ce sens que les tiers traitent en connaissance de cause. L'objection serait décisive si le texte ne décidait pas la difficulté; tout est de rigueur en cette matière. On peut ajouter que le pacte commissoire n'avertit pas suffisamment les tiers; c'est une clause de style qui n'apprend aux tiers que ce qu'ils savent par la loi, à savoir que, si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente. A cela on peut répondre que l'insertion du pacte commissoire dans le contrat apprend au moins une chose aux tiers, c'est que le prix n'est pas payé et qu'ils doivent, par conséquent, s'attendre à la résolution du contrat. En définitive, il faut s'en tenir au texte et dire que, dès qu'il y a concours d'une action résolutoire et d'un privilége, l'article 28 doit recevoir son application.

Nous avons supposé jusqu'ici une vente; l'application de la loi à l'échange et à la donation prouve que le principe reste applicable, quoique les tiers aient eu connaissance de l'action résolutoire. Le copermutant n'a de privilége, en cas d'éviction, que si l'acte détermine une somme fixe à titre de dommages-intérêts; l'acte est transcrit, les tiers savent donc que l'échangiste aura un privilége et une action résolutoire en cas d'éviction; ils sont avertis, ce qui n'empêche pas l'article 28 d'être applicable. De même le donateur n'a un privilége et une action en résolution que lorsque l'acte de donation fait connaître le montant des charges que le donataire devra remplir; les tiers sont donc prévenus par la transcription qu'il pourra y avoir résolution à leur préjudice; néanmoins ils peuvent se prévaloir du principe de l'article 28. Cela prouve que la loi s'attache surtout aux effets que produira la résolution; ce qui rend le principe applicable lorsqu'il y a action résolutoire et privilége, quand même les tiers ont pu s'attendre à

une résolution. Après tout, ils pouvaient s'y attendre aussi sous l'empire du code civil, car la loi leur apprenait l'existence de la condition résolutoire tacite; mais ce qui les induisait en erreur, c'est que, le privilége n'étant pas conservé, ils devaient croire que le créancier privilégié était payé et que, par suite, il n'y aurait pas de résolution. Or, ce danger subsiste, bien que la condition résolutoire soit écrite dans l'acte. Cette considération lève tout doute.

133. Faut-il maintenir cette solution dans le cas où le pacte commissoire est stipulé, comme le suppose l'article 1656, c'est-à-dire avec cet effet que le contrat sera résolu de plein droit à défaut de payement du prix? Nous prenons comme exemple la vente, parce que c'est la seule hypothèse usuelle, et c'est celle qui a donné lieu à controverse. La cour de Bruxelles a décidé que l'article 28 n'est pas applicable au pacte commissoire de l'article 1656; et, à notre avis, elle a bien jugé (1). Nous avons induit du texte, et sur ce point tout le monde est d'accord, que l'article 28 ne s'applique pas aux conditions résolutoires expresses (n° 129). Or, le pacte commissoire est une condition résolutoire expresse lorsque la clause porte que la vente sera résolue de plein droit à défaut de payement du prix. Cela est décisif. En effet, le texte ne peut plus recevoir d'application. Il dit : *l'action résolutoire de la vente;* et dans le cas prévu par l'article 1656 il n'y a pas lieu à une *action*, le contrat est résolu en vertu de la volonté des parties contractantes; donc on est hors du texte. L'article 28 ajoute : « l'action résolutoire *établie par l'article* 1654 »; donc il ne s'applique pas au pacte commissoire de l'article 1656; ce qui est très-logique, car, d'une part, il y a condition résolutoire tacite et, d'autre part, il y a condition résolutoire expresse.

Il y a cependant un motif de douter : c'est que le pacte commissoire, qu'il opère de plein droit ou en vertu de la sentence du juge, produit des effets identiques, et ces effets ont la même cause, le défaut de payement du prix. Il y a

(1) Bruxelles, 2 décembre 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 257). Martou, t. II, p. 236, n° 617.

privilége et droit à la résolution; donc on est, sinon dans le texte, du moins dans l'esprit de la loi (1). Nous écartons l'objection, parce qu'en matière de priviléges il faut s'en tenir strictement au texte de la loi. On fait encore une autre réponse, c'est que le concours de l'action résolutoire et du privilége n'existe point quand le pacte commissoire prend le caractère d'une condition résolutoire expresse. Cela est vrai quand le contrat est résolu sans qu'il faille une manifestation de volonté; dans ce cas, il ne peut plus s'agir de privilége; d'avance le vendeur a manifesté sa volonté de ne pas réclamer son privilége, puisqu'il veut que la vente soit résolue comme si elle n'avait jamais existé. Les tiers ne peuvent donc pas dire qu'en voyant le privilége éteint ils ont dû croire que le prix était payé; il faut laisser de côté le privilége pour s'en tenir à la condition résolutoire expresse. Les tiers ont su, en traitant avec le propriétaire soumis à cette condition, qu'ils n'acquéraient qu'un droit incertain, résoluble de plein droit, comme celui de leur auteur, abstraction faite de l'extinction ou de la déchéance du privilége. Mais cette réponse n'est pas bonne dans le cas de l'article 1656; il faut encore une manifestation de volonté pour que le contrat soit résolu, puisque la loi exige une sommation. Ce qui nous paraît décisif, c'est qu'il ne faut plus d'action en justice; donc l'article 28 n'est plus applicable.

134. Il ne suffit pas qu'il y ait condition résolutoire tacite pour que l'article 28 soit applicable, il faut de plus que le créancier qui a droit à la résolution jouisse d'un privilége, lequel a la même cause que l'action résolutoire. Tels sont les cas prévus par la loi : le vendeur, par exemple, a un privilége pour le payement du prix, et il a aussi l'action en résolution si l'acheteur ne paye pas; de sorte que le droit au prix donne naissance tout ensemble à une action résolutoire et à un privilége. Si le contrat était sujet à résolution pour toute autre cause que le payement d'une créance privilégiée, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'ar-

(1) Cloes, t. I, p. 447, nos 761 et 762. Comparez Troplong, *De la transcription*, p. 463, nos 301-305. Mourlon, *De la transcription*, t. II, p. 434, no 769.

ticle 28, car on ne serait ni dans le texte ni dans l'esprit de la loi. Le texte déclare le créancier déchu de son action résolutoire après l'extinction ou la déchéance du privilége, et il ne peut être question de perte de privilége quand il n'y a pas de privilége. Le but de la loi n'est pas de garantir les tiers contre toute action résolutoire, elle a seulement en vue l'exercice de la condition résolutoire tacite quand celle-ci appartient à un créancier privilégié.

Faut-il aussi que le créancier privilégié ait rempli les conditions requises par la loi pour l'existence de son privilége? Non, la loi ne l'exige pas; et si l'on décidait que le créancier conserve son action résolutoire en ne remplissant pas ces conditions, on lui permettrait d'éluder la loi. Tel serait le cas où l'échangiste ne fixerait pas la somme à laquelle il a droit, à titre de dommages-intérêts, pour cause d'éviction. La loi lui donne un privilége en cas d'éviction; cela suffit pour que l'article 28 soit applicable, car il y a concours de l'action résolutoire avec un privilége; et, dans cette hypothèse, l'action résolutoire ne peut plus être exercée dès que le créancier n'a pas de privilége. Si, en ne faisant aucune stipulation relative aux dommages-intérêts, il conservait son action résolutoire, les tiers seraient trompés, et le but de la loi est précisément d'empêcher que les tiers ne soient trompés (1).

135. Il y a des actions qui ont de l'analogie avec l'action résolutoire, mais qui en diffèrent néanmoins en ce qu'elles ne sont pas fondées sur une condition résolutoire. Cela suffit pour qu'il n'y ait pas lieu à l'application de l'article 28. Cette disposition est exceptionnelle, elle prive le créancier d'un droit qu'il tient de la convention tacite des parties; elle doit donc être restreinte au cas que la loi prévoit. On a prétendu que le droit de poursuivre la revente sur folle enchère tombait sous l'application de l'article 28. C'est une erreur. La condition résolutoire fait rentrer l'immeuble dans les mains du vendeur, tandis que la revente sur folle enchère est une vente nouvelle; la revente n'est

(1) Cloes, t. I, p. 450, nº 767. Comparez Martou, t. I, p. 240, nº 624.

donc pas une résolution dans le sens de l'article 1184; ce qui rend l'article 28 inapplicable (1).

136. Il y a des cas dans lesquels le créancier conserve son privilége et, par conséquent, son action résolutoire, mais la loi le force à opter, dans l'intérêt des tiers, entre l'action en résolution et le privilége. Quand l'acquéreur remplit les formalités légales pour la purge des hypothèques et priviléges, le créancier privilégié est obligé d'opter; elle maintient les droits du créancier, puisqu'il a conservé son privilége, mais il doit exercer l'un ou l'autre, afin de fixer la position du tiers acquéreur. Il en est de même quand l'immeuble est exproprié. La situation de l'adjudicataire doit aussi être assurée, non-seulement dans son intérêt, mais aussi dans celui des créanciers poursuivants; il ne se trouverait pas d'adjudicataire s'il restait assujetti à l'action résolutoire. Cela est d'ailleurs en harmonie avec la loi nouvelle; l'action en résolution ne peut pas survivre au privilége; mais, comme la loi ne peut pas dépouiller le créancier d'un droit qui lui appartient, elle l'oblige à opter (2).

§ III. *Qui peut se prévaloir de l'article* 28 *et sous quelle condition?*

137. Aux termes de l'article 28, l'action résolutoire du vendeur, de l'échangiste et du donateur ne peut être exercée « au préjudice ni du créancier inscrit, ni du sous-acquéreur, ni des tiers acquéreurs de droits réels, après l'extinction ou la déchéance du privilége. » Ainsi le créancier qui n'a pas conservé son privilége est déchu de l'action résolutoire dans l'intérêt des tiers; il ne peut plus l'exercer à leur préjudice; ce qui implique qu'il n'est pas déchu d'une manière absolue de son droit; il peut demander la résolution contre la partie qui n'a pas rempli ses engagements. C'est l'intérêt des tiers, c'est-à-dire l'intérêt du crédit public qui a provoqué l'innovation que le législateur a apportée au

(1) Besançon, 16 décembre 1857 (Dalloz, 1859, 2, 148). Aubry et Rau, t. IV, p. 402, note 46, § 356.

(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 238, n° 620.

code civil; quand l'intérêt des tiers n'est pas en cause, on reste sous l'empire de la loi ancienne; le vendeur conserve son droit de résolution contre l'acheteur, l'échangiste contre le copermutant, le donateur contre le donataire. Il n'y a pas de concours, dans ce cas, du privilége et de l'action résolutoire, puisque le privilége ne s'exerce pas contre le débiteur; donc l'extinction ou la déchéance du privilége ne peut porter aucune atteinte aux droits du créancier. Il a été jugé, par application de ce principe, que le vendeur peut demander la résolution du contrat contre le failli quand celui-ci est rétabli, par le concordat, dans la libre disposition de ses droits(1). Autre est la question de savoir si l'article 28 est applicable, à l'égard de la masse, en cas de faillite; nous y reviendrons.

138. La loi a subordonné l'action résolutoire à la conservation du privilége, dans l'intérêt des tiers. Quels sont ces tiers? L'article 28 répond à la question. Ce sont d'abord les *créanciers inscrits*, c'est-à-dire les créanciers hypothécaires qui ont conservé leur droit par l'inscription; s'ils n'ont pas conservé leur droit, par exemple en négligeant de renouveler leur inscription dans les quinze ans, ils ne peuvent pas opposer au vendeur qui agit en résolution que celui-ci a encouru la déchéance de l'action résolutoire; car les créanciers hypothécaires dont le droit est devenu inefficace sont assimilés aux créanciers chirographaires, et ceux-ci ne peuvent pas invoquer le bénéfice de l'article 28.

Sont encore tiers, d'après l'article 28, les sous-acquéreurs, c'est-à-dire ceux auxquels l'acheteur, l'échangiste ou le donataire vend la chose grevée du privilége. La loi ne dit pas que les sous-acquéreurs doivent transcrire leur titre pour avoir le droit d'opposer au vendeur la déchéance de l'action résolutoire. Il est certain, néanmoins, que ce n'est qu'à cette condition qu'ils peuvent invoquer l'article 28; la loi française le dit; et si la loi belge ne l'a pas dit, c'est que la condition est une conséquence des principes que la loi établit sur la translation de la propriété : le

(1) Lyon, 6 avril 1865 (Dalloz, 1866, 5, 487). Comparez Martou, t. II, p. 237, n° 618, et p. 240, n° 623; Aubry et Rau, t. IV, p. 402, note 44, § 356.

sous-acquéreur n'est pas propriétaire, à l'égard des tiers, tant qu'il n'a point transcrit; il ne peut donc pas opposer son droit au créancier qui agit en résolution.

Il en est de même des tiers acquéreurs de droits réels, que l'article 28 range parmi ceux au préjudice desquels l'action résolutoire ne peut être exercée quand le créancier a perdu son privilége. Il faut qu'ils aient un droit à opposer au vendeur qui demande la résolution de la vente; il faut donc qu'ils l'aient conservé, soit par la transcription, s'il s'agit d'un droit soumis à la transcription, soit par l'inscription, s'il s'agit d'une hypothèque ou d'un privilége.

La loi exclut les créanciers personnels qui n'ont pas de droit dans la chose. Pourquoi les créanciers chirographaires ne peuvent-ils pas opposer la déchéance de l'action résolutoire au vendeur? On répond d'ordinaire : parce que les créanciers personnels n'ont d'autre droit que celui de leur auteur; et comme l'acheteur ne peut pas se prévaloir, contre le vendeur, de la déchéance que celui-ci a encourue à l'égard des tiers, les créanciers de l'acheteur ne peuvent pas avoir plus de droit que lui. La réponse est péremptoire, d'après les principes du code civil; elle ne l'est point dans le système de la loi belge (1); celle-ci considère les créanciers chirographaires comme des tiers, en ce qui concerne la transcription (art. 1er); elle aurait pu aussi les considérer comme tiers quand il s'agit de l'action résolutoire; si elle ne l'a point fait, c'est que son but n'est pas d'enlever au vendeur les droits qu'il tient de son contrat, elle veut seulement mettre à l'abri de l'action résolutoire ceux qui ont acquis un droit sur la chose que le vendeur prétend leur enlever. En d'autres mots, c'est le crédit immobilier que le législateur a entendu garantir, et non le crédit qui s'accorde à la personne; ceux qui se contentent de la garantie personnelle suivent la foi de leur débiteur, ils ne peuvent pas se plaindre si un vendeur non payé vient leur enlever une partie de leur gage. Il y a une espèce d'inconséquence à les garantir contre le privilége, qui n'est pas

(1) Comparez les auteurs cités par Aubry et Rau, t. IV, p. 402, note 44, § 356, et Cloes, t. I, p. 459, n° 777.

rendu public, et à ne pas les garantir contre l'action résolutoire, qui reste occulte. L'inconséquence s'explique par le but limité que la loi a eu en vue.

139. L'article 28 reçoit-il son application quand le débiteur tombe en faillite? Cette question est très-controversée. Comme elle touche aux principes qui régissent la faillite, elle appartient au droit commercial plutôt qu'au droit civil; nous nous bornerons à énoncer succinctement notre opinion. Il s'agit de savoir si le vendeur peut demander la résolution de la vente contre la masse chirographaire; or, l'article 28 pose en principe que les créanciers chirographaires de l'acheteur ne peuvent pas se prévaloir contre le vendeur de la déchéance qu'il a encourue de l'action résolutoire; cela décide notre question, si elle doit être résolue par les principes du droit civil. La seule difficulté est de savoir si les créanciers, par l'effet de la faillite, acquièrent un droit réel sur les biens du failli. Cela nous paraît très-douteux : le failli est, à la vérité, dessaisi de l'administration de ses biens, c'est la masse qui les administre et qui en dispose par l'organe des agents ou syndics. Ce n'est pas là un droit réel, la faillite ne fait que transmettre à la masse chirographaire les droits que le failli exerçait; or, l'acheteur ne pouvait opposer au vendeur la déchéance de l'action résolutoire; donc le vendeur conserve aussi son droit de résolution contre la masse qui représente le débiteur. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens, mais de nouvelles difficultés s'élèvent sur les motifs de décider; nous ne pouvons pas entrer dans ce débat (1).

140. Pour que les tiers, tels que nous venons de les déterminer, soient à l'abri de l'action résolutoire, il faut que le privilége soit éteint ou que le créancier en soit déchu. Ce sont les termes de l'article 28. Reste à savoir ce que la loi entend par extinction ou déchéance du privilége. Le texte comprend tous les cas dans lesquels le créancier privilégié ne peut plus exercer son privilége, quelle qu'en

(1) Mourlon discute longuement la question dans son *Traité de la transcription*, t. II, p. 463, nos 812-820. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 359, notes 10 et 11, § 278, et les autorités qu'ils citent; Cloes, t. I, p. 461, nos 778-781.

soit la cause. Il y a, dans le code civil et dans notre loi hypothécaire, un chapitre sur les causes d'extinction des priviléges; la première cause résulte de l'extinction de l'obligation principale; dans ce cas, il n'y a plus de créance, et, par conséquent, le vendeur n'a plus aucun droit. Ce n'est pas là l'extinction que l'article 28 suppose; pour qu'il puisse s'agir d'exercer l'action résolutoire, il faut que la créance subsiste; seulement le privilége qui la garantissait est éteint. Tel est le cas où le créancier renonce à son privilége (art. 108, 2°; code civil, art. 2180). L'esprit de la loi est d'accord avec le texte. Si le vendeur renonce à son privilége, l'inscription sera radiée; et comme régulièrement la radiation ne se fait que lorsque la créance est éteinte, les tiers doivent croire que le vendeur est payé et que, par suite, ils sont à l'abri de l'action résolutoire. La loi hypothécaire elle-même le décide ainsi dans un cas où la renonciation est implicite. Le créancier dispense le conservateur de prendre l'inscription d'office; dans ce cas, il est déchu de son privilége et de son action résolutoire, parce qu'en renonçant à l'inscription il fait croire aux tiers intéressés que le privilége n'existe plus, que le créancier y a renoncé. L'article 36 dit que le vendeur est *déchu* du privilége et de l'action résolutoire; c'est plutôt une *extinction* qu'une *déchéance*, puisqu'elle implique une *renonciation*; mais peu importe, puisque la loi met la *déchéance* sur la même ligne que l'*extinction*.

L'article 108 (code civil, art. 2180) place encore la prescription et la purge parmi les causes d'extinction des priviléges. Nous avons déjà dit que la loi nouvelle a organisé la purge de manière qu'elle efface l'action résolutoire en même temps que le privilége. Quant à la prescription du privilége, elle entraîne la radiation de l'inscription qui le conservait; et dès que les tiers voient l'inscription radiée, ils doivent croire que le vendeur est payé et que, par suite, ils ne peuvent plus être évincés par l'action résolutoire.

La déchéance diffère de l'extinction par les causes qui l'entraînent, elle implique une espèce de peine prononcée contre le créancier négligent. Tel est le cas prévu par l'article 37. L'acte de vente est transcrit, le privilége est con-

servé, mais il ne l'est que pendant un délai de quinze ans; avant l'expiration de ce délai, le vendeur doit renouveler son inscription; s'il ne le fait point, il perd son privilége et, par suite, son action résolutoire. Nous en avons dit la raison (n° 105).

Par identité de motifs, il faut décider que si le vendeur donne mainlevée de l'inscription, c'est-à-dire consent à ce qu'elle soit radiée, il est déchu de son privilége et de l'action résolutoire, quand même la créance subsisterait. En effet, la mainlevée produit le même effet que la dispense. Le privilége était conservé par la transcription; le créancier renonce à l'un des éléments de la publicité requise dans l'intérêt des tiers ; dès lors ceux-ci doivent croire que le créancier ne veut pas exercer son privilége, et renoncer au privilége, c'est renoncer à l'action résolutoire. C'est encore un cas d'extinction plutôt que de déchéance.

141. Le vendeur, l'échangiste et le donateur, qui ont tout ensemble un privilége et une action résolutoire, conservent leur privilége par la transcription de l'acte qui y donne naissance. Que faut-il décider si l'acte n'est pas transcrit? On pourrait croire que, dans ce cas, le privilége n'est pas conservé et que, par suite, les créanciers encourent la déchéance de l'action résolutoire. Tel n'est point le système de la loi belge. Si l'acheteur ne transcrit pas, il ne devient pas propriétaire à l'égard des tiers; par suite, il ne peut concéder à des tiers aucun droit réel sur la chose; or, les tiers qui n'ont pas de droit réel ne peuvent pas se prévaloir de l'article 28 (n° 138). Vainement les tiers contre lesquels le vendeur agit en résolution diraient-ils que celui-ci, n'ayant pas conservé son privilége, ne peut pas agir en résolution; le vendeur leur répondrait qu'à leur égard il est resté propriétaire et qu'il agit comme tel : il ne se prévaut pas de son privilége, il invoque son droit de propriété. Dira-t-on que, dans cette opinion, les droits des tiers sont sacrifiés, alors que l'article 28 a pour objet de les garantir? Nous répondrons que les tiers ne sont admis à opposer la déchéance de l'action résolutoire que lorsqu'ils ont fait ce que la loi exige pour la conservation de leurs droits. Or, ceux qui traitent avec un acheteur doivent avant tout s'as-

surer s'il est propriétaire, et il n'est propriétaire que par la transcription; donc, avant de traiter avec lui, ils doivent demander qu'il transcrive son acte d'acquisition; s'ils ont l'imprudence de contracter avec un possesseur qui n'est pas propriétaire à l'égard des tiers, ils doivent en subir les conséquences; ils sont sans droit, dans l'esprit de la loi (nos 78-84).

142. L'acheteur qui n'a pas transcrit revend l'immeuble et le sous-acquéreur fait transcrire son acte d'acquisition : le vendeur sera-t-il déchu de son privilége et, par suite, de son action résolutoire? Nous avons examiné la question de principe plus haut (n° 89). Dans notre opinion, le vendeur primitif reste propriétaire à l'égard du sous-acquéreur, et, par suite, il ne peut être question de la déchéance du privilége et de l'action résolutoire. Dans l'opinion contraire, le vendeur est déchu de son privilége, et, par suite, il ne peut plus agir en résolution.

143. Il se présente encore une difficulté dans cette difficile matière. Le vendeur agit en résolution; au moment où l'action est intentée, il avait encore son privilége; dans le cours de l'instance, le privilége s'éteint. En résultera-t-il que la résolution ne pourra pas être prononcée? La cour de cassation a très-bien jugé que si le vendeur a agi en résolution, en mettant en cause le tiers contre lequel la résolution est invoquée, l'action a été utilement exercée, quoique le privilége ait péri, dans le cours de l'instance, par défaut de renouvellement de l'inscription (1). En effet, le jugement qui prononce la résolution rétroagit au jour de la demande; il suffit donc que, lors de la demande, le privilége ait existé; dès lors l'action a été utilement exercée, et le demandeur doit obtenir tout ce qu'il aurait obtenu si le jugement était intervenu immédiatement, les lenteurs de la justice ne pouvant pas nuire à ceux qui sont forcés de plaider. Bien entendu que le vendeur ne peut se prévaloir de la résolution qu'à l'égard de la partie qui a été en cause, puisque les jugements n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. Il doit donc avoir soin de mettre en cause les tiers qui ont

(1) Cassation, 3 août 1868 (Dalloz, 1869, 1, 449).

acquis un droit réel sur la chose, sinon ceux-ci pourraient lui opposer la déchéance qu'il a encourue en ne renouvelant pas son inscription (1).

§ IV. *Du droit des tiers quand le créancier privilégié agit en résolution.*

144. « Dans le cas où le vendeur, l'échangiste, le donateur exerceraient l'action résolutoire, les tiers pourront toujours arrêter ses effets, en remboursant au demandeur le capital et les accessoires conservés par l'inscription du privilége, conformément à l'article 87 de la présente loi. » Les tiers ont grand intérêt à arrêter l'action résolutoire, car, si la résolution est prononcée, les droits qu'ils ont sur la chose seront également résolus. Mais en ont-ils le droit en remboursant au demandeur sa créance avec les accessoires? D'après la rigueur des principes, non. En effet, quand l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur a le droit d'agir en résolution, et les tiers ne peuvent pas empêcher l'exercice d'un droit, en vertu de l'intérêt qu'ils ont à ce que ce droit ne soit pas exercé, quand même ils offriraient de désintéresser entièrement le vendeur. La loi déroge donc au droit du vendeur en permettant aux tiers d'arrêter l'action résolutoire. La dérogation est fondée en équité. Qu'a voulu le vendeur? Il a vendu pour obtenir le prix de la chose; s'il agit en résolution, c'est parce que le prix n'est pas payé; l'acheteur, en payant, empêcherait l'exercice de l'action résolutoire; donc les ayants cause de l'acheteur doivent avoir le même droit. Par là les divers intérêts sont conciliés; les tiers qui payent le prix sont subrogés au privilége du vendeur, et ils conservent les droits qui leur ont été concédés sur la chose; quant au vendeur, il ne peut pas se plaindre, puisque la vente reçoit son exécution.

L'article 28 exige que les tiers indemnisent compléte-

(1) La cour de Riom a jugé, en termes trop absolus, que le vendeur qui a exercé l'action résolutoire contre l'acheteur conserve son droit contre les tiers (arrêt du 7 mars 1859; Dalloz, au mot *Transcription*, n° 617, et Flandin, *De la transcription*, t. II, p. 392, n° 1238).

ment le vendeur, en lui payant ce qu'il aurait obtenu s'il avait exercé son privilége, c'est-à-dire le prix principal et les intérêts auxquels le créancier privilégié a droit. Nous dirons plus loin quels sont les intérêts que le créancier privilégié ou hypothécaire peut réclamer (art. 87).

115. La loi donne encore un droit aux tiers, créanciers hypothécaires, même après que la résolution est prononcée. Si l'acheteur a payé une partie du prix, le vendeur peut néanmoins demander la résolution de la vente, mais il doit rembourser la somme qu'il a touchée. La restitution se fait à l'acheteur, les sommes restituées entrent dans son patrimoine et deviennent le gage de ses créanciers. Par dérogation à ces principes, la loi dispose que s'il y a des créances garanties par un privilége ou une hypothèque sur l'immeuble vendu, les sommes restituées seront affectées à ces créanciers ; la loi transporte sur la partie du prix qui est restituée à l'acheteur, le droit de préférence qu'ils avaient sur l'immeuble. C'est une disposition d'équité. En droit, la résolution de la vente fait tomber les priviléges et les hypothèques qui grèvent l'immeuble vendu, du chef de l'acheteur; les créanciers privilégiés et hypothécaires deviennent donc des créanciers chirographaires ; comme tels ils devraient venir par contribution sur les sommes qui sont remboursées à l'acheteur ; mais l'équité demande que le droit qu'ils avaient sur l'immeuble soit transporté sur la partie du prix qui en avait été payée, car cette partie du prix représente une partie de l'immeuble qui était affecté à leur créance.

L'article 28 applique le même principe aux restitutions que le copermutant doit faire, s'il a reçu une partie de la soulte. Cette partie de la soulte représente une partie de l'immeuble sur lequel les tiers créanciers avaient une hypothèque ou un privilége; par suite, les droits des créanciers sont transportés sur les sommes que l'échangiste est condamné à restituer à son copermutant. Les raisons d'équité sont les mêmes qu'en cas de vente.

La loi ne parle pas du donateur qui agit en résolution, alors que le donataire n'a rempli qu'une partie des charges pécuniaires qui lui étaient imposées. Il doit restituer les

sommes qu'il a reçues : les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent-ils, dans ce cas, invoquer le troisième alinéa de l'article 28? On pourrait dire que la disposition étant tout à fait exceptionnelle, il n'est pas permis de l'étendre à la donation. Mais ne serait-ce pas dépasser la rigueur des principes? Les deux premières dispositions s'appliquent au donateur : pourquoi ne lui appliquerait-on pas la troisième, qui n'est qu'une suite des premières? Il n'y a pas une ombre de raison pour faire une exception aux droits des créanciers, en cas de résolution de la donation. Ce ne peut être qu'un oubli du législateur, si la loi ne parle pas de la donation dans le troisième alinéa; il est certain que le texte ne répond pas à la pensée du législateur; c'est donc le cas de recourir à l'esprit de la loi, et sur ce terrain il n'y a plus de doute (1).

ARTICLE 5. Appendice.

DES PRIVILÉGES ÉTABLIS PAR DES LOIS SPÉCIALES.

§ Ier. *Des priviléges du trésor public.*

146. Des lois spéciales accordent divers priviléges au trésor public; nous nous bornons à les mentionner, cette matière étant en dehors du cadre de notre travail.

147. La loi du 12 novembre 1808 (art. 1er) accorde à l'Etat un privilége spécial pour la contribution foncière; il affecte les récoltes, fruits, loyers et revenus des immeubles sujets à la contribution, mais il ne frappe pas les immeubles mêmes des contribuables.

La loi belge du 11 février 1816 accorde au trésor une hypothèque sur les biens sujets à contribution. Cette hypothèque est dispensée de l'inscription, mais elle n'a d'effet que pendant l'année pour laquelle la contribution est due et pendant l'année suivante.

La loi de 1816 abroge-t-elle la loi de 1808? La commission spéciale qui a préparé le projet sur le régime hypo-

(1) Martou s'en tient au texte. T. I, p. 246, n° 629.

thécaire considère la loi de 1808 comme étant encore en vigueur; de sorte que le trésor aurait tout ensemble un privilége sur les meubles et une hypothèque sur les immeubles (1).

148. La loi du 26 août 1822 donne au trésor un privilége et une hypothèque légale pour le recouvrement des contributions indirectes, douanes et accises. Le privilége porte sur les biens meubles; l'hypothèque grève tous les biens immeubles des contribuables ; elle doit être inscrite (2).

149. La loi du 27 décembre 1817 (art. 3) accorde au trésor, pour le recouvrement des droits de succession et de mutation, un privilége général sur tous les biens meubles délaissés par le défunt. De plus, le trésor a une hypothèque légale dispensée d'inscription sur tous les immeubles du défunt. Le privilége et l'hypothèque sont temporaires (3).

150. La loi du 5 septembre 1807 accorde au trésor un privilége sur la généralité des meubles et des immeubles appartenant aux condamnés, pour le remboursement des frais en matière criminelle, correctionnelle et de police. Ce privilége doit être inscrit; il ne s'applique pas aux amendes et il est primé par les sommes dues pour la défense du condamné (4).

151. Une autre loi du 5 septembre 1807 accorde au trésor un privilége sur les biens des comptables. Le privilége porte sur les meubles et sur les immeubles : il doit être inscrit.

Ce privilége avait été maintenu par la loi belge du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'Etat; mais la loi hypothécaire déroge à la loi de 1807 en n'accordant plus à l'Etat qu'une hypothèque légale. Y déroge-t-elle aussi en ce qui concerne le privilége sur les meubles que la loi française donne à l'Etat? Non, le fisc ne peut pas avoir tout ensemble sur les mêmes biens un privilége et une hypothèque; mais il n'y

(1) Voyez, en sens contraire, Cloes, t. I, p. 176, n° 319.
(2) Cloes, t. I, p. 178, nos 322-331. Sur la législation française, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 177, § 263 *bis*, et p. 179 et suiv.
(3) Cloes, t. I, p. 186, nos 342-343. Sur le droit français, voyez Aubry et Rau, t. III, p. 178, § 263 *bis*.
(4) Aubry et Rau, t. III, p. 182, § 263 *bis*. Cloes, t. I, p. 166, nos 303-317.

a aucune incompatibilité entre le privilége mobilier de la loi de 1807 et l'hypothèque de la loi de 1851 (1).

§ II. *Des priviléges commerciaux* (2).

152. Les priviléges sur les navires et autres bâtiments de mer sont établis et classés par l'article 191 du code de commerce.

Les loyers des matelots sont privilégiés non-seulement sur le navire, mais aussi sur le fret (code de commerce, art. 271).

Le capitaine du navire a un privilége sur les marchandises de son chargement pour le payement du fret (code de com., art. 307). C'est un privilége analogue à celui du voiturier; le capitaine n'en jouit que pendant qu'il est saisi des marchandises et dans la quinzaine de leur délivrance, en supposant qu'elles n'aient point passé en mains tierces.

Le navire, les agrès et apparaux, le fret et les marchandises chargées sont affectés par privilége à l'exécution des engagements résultant de la charte partie (code de com., art. 280).

153. Le code de commerce de 1808 accorde un privilége au commissionnaire; ce privilége a été conservé par le nouveau code avec des modifications. Nous transcrivons l'article 14 de la loi du 5 mai 1872 : « Tout commissionnaire a privilége sur la valeur des marchandises à lui expédiées par le fait seul de l'expédition, du dépôt ou de la consignation, pour tous prêts, avances ou payements faits par lui, en sa qualité de commissionnaire, soit avant l'expédition des marchandises, soit pendant le temps qu'elles sont en sa possession. » Sont privilégiés, outre le principal, les intérêts, commission et frais. C'est un privilége analogue à celui du créancier gagiste; le commissionnaire n'en jouit que sous la condition que lui ou un tiers convenu entre les parties soit mis et reste en possession des marchandises.

(1) Cloes, t. I, p. 162, nos 294-302. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 162, § 261.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 188 et suiv., § 263 *bis*.

154. L'article 545 du nouveau code de commerce (loi du 18 avril 1851) maintient le privilége des ouvriers et commis, en cas de faillite. Il est ainsi conçu : « Le salaire acquis aux ouvriers employés directement par le failli pendant le mois qui aura précédé la déclaration de faillite sera admis au nombre des créances privilégiées, en même rang que le privilége établi par l'article 2101 du code civil (loi hyp., art. 19, 4°) pour le salaire des gens de service. Les salaires dus aux commis pour les six mois qui auront précédé la déclaration de faillite seront admis au même rang.

§ III. *Privilége sur le cautionnement des fonctionnaires.*

155. Le code civil et, à sa suite, notre loi hypothécaire accordent un privilége sur le cautionnement des fonctionnaires pour les créances résultant d'abus et de prévarications par eux commis dans l'exercice de leurs fonctions. Des lois spéciales (1) affectent le cautionnement à un privilége de second ordre au profit du bailleur de fonds; on l'appelle privilége de second ordre parce qu'il n'a rang qu'après le privilége pour abus et prévarications. Le bailleur de fonds n'a ce privilége qu'en remplissant les conditions prescrites par la loi (2).

§ IV. *Priviléges résultant de travaux publics.*

156. Le décret du 28 pluviôse an II (art. 3 et 4) accorde aux ouvriers et fournisseurs, pour travaux de l'Etat, un privilége sur les sommes dues aux entrepreneurs. Ce privilége est spécial et de stricte interprétation, comme tout privilége; il ne peut donc pas être réclamé quand les travaux s'exécutent pour les provinces ou communes, et bien moins encore pour les travaux concédés à des compagnies (3).

(1) Lois du 15 nivôse et du 6 ventôse an XIII; décrets du 28 août 1808 et du 22 décembre 1812.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 193, § 263 *bis*.
(3) Aubry et Rau, t. III, p. 194, § 263 *bis*.

157. Les sous-traitants qui font des fournitures destinées au service de la guerre ou de la marine ont un privilége sur les sommes dues aux traitants par l'Etat. Ce privilége est admis, quoiqu'il ne soit pas consacré en termes exprès par la loi; il résulte implicitement des décrets du 12 décembre et du 13 juin 1806 (1).

158. L'Etat ou les concessionnaires ont droit à une indemnité à raison de la plus-value résultant du desséchement des marais : ils sont privilégiés sur cette plus-value à charge de transcrire sur les registres du conservateur des hypothèques le décret qui ordonne le desséchement ou l'acte de concession (loi du 16 septembre 1807, art. 23).

Le code civil accordait un privilége aux entrepreneurs pour tous travaux de construction; ce qui ne comprenait point le desséchement. Notre loi hypothécaire mentionne expressément ces travaux; on pourrait en induire que le privilége de la loi de 1807 n'existe plus. En réalité, les deux priviléges diffèrent. Le code civil suppose que le desséchement se fait par une convention intervenue entre le propriétaire du marais et l'entrepreneur; tandis que la loi de 1807 donne le privilége à l'Etat ou à un concessionnaire qui exécutent les travaux de desséchement au défaut des propriétaires. Il y a analogie entre les deux priviléges, mais ils diffèrent quant aux conditions prescrites par la loi de 1807 et par le code civil. Nous n'entrons pas dans ces détails.

159. La loi du 21 avril 1810 (art. 20) accorde à ceux qui ont fourni des fonds pour les recherches d'une mine, ou pour les travaux de construction de machines nécessaires à son exploitation un privilége sur la mine. Ce privilége, aux termes de la loi, est celui des architectes, et il est soumis aux mêmes conditions, soit pour son existence, soit pour sa conservation (loi hyp., art. 27, n° 5, et 38).

160. La loi française du 17 juillet 1856 accorde à l'Etat, pour le remboursement des prêts destinés à faciliter les opérations du drainage, un privilége sur les récoltes et les revenus des terrains drainés et sur les terrains mêmes. Ce privilége n'existe pas dans notre législation.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 196, § 263 *bis*.

CHAPITRE III.

DES HYPOTHÈQUES.

SECTION I. — Introduction historique.

161. La publicité des priviléges et hypothèques est la base du régime que le code civil a établi et que la loi belge a maintenu en lui donnant une nouvelle extension. Ce principe, aussi élémentaire que fondamental, est si bien entré dans nos mœurs, qu'on n'a plus songé à le contester quand il s'est agi de la révision du titre des *Hypothèques;* loin de là, on reprochait au code civil d'avoir dévié du principe que nous considérons aujourd'hui comme étant de l'essence d'un bon système hypothécaire. Il n'en était pas de même lors de la discussion du code civil; la publicité venait d'être organisée par la loi de brumaire an VII; elle heurtait une tradition séculaire, elle blessait des préjugés et des intérêts. Il fallut une lutte longue et sérieuse pour conquérir la publicité incomplète et la spécialité inconséquente que l'on reprocha, en 1851, au code Napoléon comme un défaut. Ceux qui connaissent la loi qui préside au progrès ne s'étonneront pas de la lenteur avec laquelle il s'accomplit; ils comprendront que le législateur recule parfois dans la voie trop rapide qui s'ouvre aux époques de révolution. Mais l'histoire nous prouve aussi que la vérité, une fois qu'elle s'est manifestée, ne périt plus. Elle peut être arrêtée dans sa marche; mais si parfois des nuages l'obscurcissent et la voilent, bientôt la lumière chasse les ténèbres et elle reparaît avec un nouvel éclat. Ce qu'il importe donc, c'est d'aller à la recherche de la vérité et de la défendre contre les hommes du passé. Les obstacles qu'elle rencontre doivent nous apprendre qu'il faut toujours lutter, mais nous pouvons être sûrs que la victoire restera à la vérité.

162. Il est à peine besoin de prouver que la publicité et la spécialité qui s'y lie intimement sont de l'essence du régime hypothécaire. Grenier, dans son rapport au Tribunat, dit très-bien que les hypothèques doivent être rendues publiques dans l'intérêt des tiers qui sont dans le cas de prêter sur la foi d'une garantie réelle, ou qui veulent acquérir des immeubles; si elles restaient occultes, le prêteur serait dans l'impossibilité de connaître les charges qui peuvent déjà grever l'immeuble qu'on lui offre en garantie; ce serait donc une garantie dérisoire, puisqu'il se verrait primé par des créanciers antérieurs. Quant au tiers acquéreur, s'il traite dans l'ignorance des hypothèques établies sur l'immeuble qu'il achète, il s'expose à être évincé. Grenier ajoute que la publicité ne suffit point; l'hypothèque doit aussi être spéciale, dans l'intérêt de l'emprunteur aussi bien que dans celui du prêteur. Le premier, n'hypothéquant ses biens que jusqu'à concurrence de la dette qu'il contracte, conservera son crédit pour les nouveaux emprunts qu'il sera dans le cas de faire, en offrant comme garantie au capitaliste, soit des biens libres, soit des immeubles qui ne sont grevés que pour une partie de leur valeur. Quant au prêteur, la spécialité lui donne le gage qui lui est nécessaire pour sauvegarder complétement ses intérêts (1).

163. Comment des idées d'une vérité aussi évidente ont-elles pu trouver de l'opposition au conseil d'Etat? Les jurisconsultes sont des hommes de tradition : c'est leur force, mais c'est aussi leur faiblesse, quand, par respect pour le droit traditionnel, ils prétendent l'immobiliser. Ce sont les légistes français qui donnèrent au droit romain le beau nom de *raison écrite* : c'était dire que les lois romaines étaient l'expression de la vérité éternelle et qu'on aurait tort de les changer. Aujourd'hui nous professons une doctrine toute contraire ; toute œuvre humaine est imparfaite, et la mission de l'humanité est de perfectionner sans cesse les institutions que le passé lui lègue. Le droit romain n'échappe pas à cette loi. Dans sa première mani-

(1) Grenier, Rapport, n° 8 (Locré, t. VIII, p. 254).

festation, l'hypothèque, grecque d'origine, était essentiellement publique; on peut dire qu'elle l'était trop, puisque des signes apparents désignaient à tout le monde les maisons ou les fonds qui étaient hypothéqués. De publique qu'elle était à Athènes, l'hypothèque devint occulte à Rome; à une publicité excessive succéda la clandestinité absolue. De plus, on admit la faculté illimitée d'hypothéquer les biens à venir. Ainsi le droit romain était le contre-pied du nôtre. Le législateur moderne veut que les hypothèques soient spéciales et publiques, et les lois romaines consacraient la généralité et la clandestinité des hypothèques. Certes ce n'est pas là la raison écrite. On s'est étonné de cette imperfection d'un droit que l'on est habitué à considérer comme parfait (1). Elle s'explique par le caractère et la mission providentielle du peuple romain : peuple de guerriers, il était appelé à faire la conquête du monde ancien; l'industrie lui fut toujours étrangère et il dédaignait le commerce. Par cela même, l'idée du crédit ne pouvait naître à Rome, et ce sont les besoins du crédit qui ont fait admettre chez les peuples modernes les principes de la publicité et de la spécialité des hypothèques.

Le droit romain était suivi dans la France presque tout entière, même dans les pays de droit coutumier. On n'y apporta qu'un changement, et cette modification même fut funeste au crédit privé et public. On exigea un acte authentique pour la validité de l'hypothèque; c'était un progrès, puisque c'était un pas vers la publicité; mais, comme on attachait à tout acte public la force d'engendrer par lui-même et sans stipulation aucune une garantie réelle et une hypothèque générale sur les biens du débiteur, les hypothèques se multiplièrent à tel point que Loyseau disait : « Nul ne se peut vanter que ses biens ne soient pas obligés, si en sa vie il a passé quelque contrat. Et puisque l'hypothèque suit perpétuellement la chose en quelques mains qu'elle passe, il s'ensuit qu'il est fort malaisé de rien acquérir qui ne soit chargé de plusieurs hypothèques (2). »

(1) Valette, *Des Priviléges*, p. 46, nº 47, et note 3; p. 172, nº 120.
(2) Valette, p. 175, nº 121. Loyseau, *Du déguerpissement*, t. III, nº 35.

164. Il y avait dans quelques provinces du nord de la France, conquises sur la Belgique, un régime tout différent concernant les hypothèques. Nous avons dit ailleurs que la publicité la plus complète présidait à la transmission de la propriété immobilière dans les pays de nantissement (t. XXIX, n°s 13-24). On suivait les mêmes formes pour la constitution d'hypothèque; ce qui est très-logique, puisque l'hypothèque implique une aliénation partielle de l'immeuble. Les formes du nantissement variaient, mais le principe était partout le même, c'était la publicité. Le créancier représentait son contrat aux officiers du seigneur haut justicier, et les requérait de le nantir par hypothèque de l'héritage. On mentionnait le nantissement au dos du titre, puis il était enregistré au greffe de la justice du lieu, dans des registres que tout le monde pouvait consulter.

Le rapporteur du Tribunat, nourri, comme tous les légistes français, dans le respect du droit romain, dit que l'on est fondé à croire que les coutumes de nantissement ont leur origine dans les formes que l'ancien droit romain exigeait pour la transmission de la propriété. Grenier lui-même n'est pas très-convaincu de cette explication, qui va chercher à Rome le premier germe d'une institution féodale. Il ajoute que si la publicité des hypothèques vient du droit féodal, on doit reconnaître qu'un régime bizarre et contraire à tout ordre social a produit les éléments les plus propres à l'organisation d'un bon régime hypothécaire (1). La féodalité ne mérite pas le dédain que lui prodiguaient les hommes de la révolution, frappés surtout des abus qu'elle avait engendrés : nous lui devons la transformation de l'esclavage en servage et la lente émancipation des serfs : nous lui devons notre liberté politique, notre régime représentatif. Il est vrai que c'est chose plus étonnante encore qu'on lui doive les principes essentiels de notre régime hypothécaire, principes qui tiennent aux nécessités du crédit; et certes la féodalité n'avait aucun souci, ni même aucun soupçon des besoins du commerce et de l'industrie.

(1) Grenier, Rapport, n° 7 (Locré, t. VIII, p. 254). Comparez Martou, *Commentaire*, t. II, p. 295, n° 685.

Nous avons appelé l'attention de nos lecteurs sur cette apparente anomalie en traitant de la transcription; dans le développement du droit, comme dans le développement de toutes les faces de l'humanité, il y a une part à faire, et une grande part, à un gouvernement providentiel : ce que les hommes veulent n'est pas toujours ce que Dieu veut. Nous avons montré la main de Dieu dans l'histoire de l'humanité; il faudrait aussi écrire l'histoire du droit à ce point de vue, on verrait à chaque page la confirmation de cette consolante vérité, que les hommes sont les artisans du progrès, qu'ils font eux-mêmes leur destinée, mais sous la main de Dieu.

165. Les passions des hommes et leurs intérêts égoïstes mettent obstacle au progrès des institutions politiques et civiles. Il y a encore des partisans du passé qui regrettent et maudissent la révolution française; ils s'imaginent que les progrès légitimes se seraient réalisés par l'action lente et pacifique du temps. L'histoire du droit privé nous offre à cet égard un enseignement qu'il est bon de constater. Il y a eu, sinon des rois, du moins des ministres qui étaient animés de la passion du bien général; ils essayèrent d'introduire la publicité des hypothèques, et ils échouèrent. On lit dans les Mémoires de Sully que ce grand ministre voulait « qu'aucune personne, de quelque *qualité* ou *condition* qu'elle pût être, n'eût pu emprunter sans qu'il fût déclaré quelles dettes pouvait déjà avoir l'emprunteur, à quelles personnes, sur quels biens. » Voilà la publicité et la spécialité; mais on voit aussi que l'ami d'Henri IV redoutait l'opposition de ceux qui invoquaient leur *condition* et leur *qualité* pour combattre, dans un intérêt de caste, les mesures que le bien de l'Etat inspirait aux rois ou à leurs conseillers. Un édit de 1581 ordonnait l'inscription, dans un registre spécial, de tout contrat contenant obligation de plus de cinq écus; faute de quoi on n'acquérait pas d'hypothèque. L'édit fut déjà révoqué en 1588. Renouvelé en 1606 par Henri IV, il rencontra une résistance unanime dans les parlements; un seul, celui de Normandie, l'accepta. Lors de la discussion du code civil, les partisans de l'hypothèque occulte reprochèrent aux auteurs de ces édits de

n'avoir prescrit la publicité que dans un but fiscal; l'accusation est téméraire quand elle s'adresse à Henri IV et à Sully. A la fin du XVII[e] siècle, il se trouva un autre ministre qui reprit l'idée de Sully. Colbert institua des registres publics destinés à faire connaître aux tiers les droits d'hypothèque, mais l'édit de 1672 fut déjà rapporté l'année suivante.

D'où venait cette opposition constante qui mettait obstacle à la réformation des lois civiles? Sully nous l'a fait pressentir. Colbert flétrit les mauvaises passions de la noblesse et ses préjugés dans le *Testament* qui porte son nom; quoiqu'il ne soit pas son œuvre, il nous apprend les causes qui firent échouer les tentatives de Louis XIV, comme elles avaient fait échouer celles d'Henri IV et de Sully. Le parlement, dit l'auteur, remontra que la fortune des plus grands de la cour s'anéantirait par la publicité qui serait donnée aux charges dont leurs biens étaient couverts ; la plupart ayant plus de dettes que d'avoir, ils ne trouveraient plus de crédit quand leurs créanciers connaîtraient le véritable état de leurs affaires. Singulière objection qui prouvait précisément la nécessité de la publicité; car à quoi servait le crédit que donnait une fortune apparente? A tromper les tiers qui contractaient dans l'ignorance de ces charges (1).

166. Telle est la puissance des préjugés de caste qu'elle aveugle les mieux pensants. Qui croirait que d'Aguesseau, l'illustre chancelier, prit la défense des hypothèques occultes contre Colbert (2)? On a toujours cru, dit-il, que rien n'était plus contraire au bien et à l'avantage de toutes les familles que de faire trop connaître l'état et la situation de la fortune des particuliers. » Qui est cet *on?* Les nobles, qui avaient intérêt à la clandestinité pour tromper plus facilement ceux qui traitaient avec eux sur la foi d'une richesse menteuse. D'Aguesseau en fait l'aveu : « Un Italien a dit autrefois que l'opinion était la reine du monde; si cela est, on peut dire que c'est en France qu'elle a établi le

(1) *Testament politique de Colbert*, ch. XII, p. 551, édition de 1693.
(2) *Œuvres de d'Aguesseau*, in-4°, t. XIII, p. 620.

siége de son empire; on n'y vit, on n'y subsiste que par l'opinion; le *crédit* et la confiance ne sont fondés que sur l'*opinion*, et c'est ôter aux hommes leurs dernières richesses que de leur arracher cette réputation qui leur tient souvent lieu de biens, lors même qu'ils ont tout perdu. » Qu'un noble tienne ce langage, rien de plus naturel. Mais un jurisconsulte! Est-ce que les créanciers prêtent leurs capitaux avec hypothèque sur l'*opinion?* Et un chancelier devait-il prendre parti pour les fripons nobles contre leurs dupes? Hâtons-nous d'ajouter que telle n'est pas la pensée du ministre de Louis XV; il suppose que ceux à qui les tiers prêtent sur la foi de biens qu'ils n'ont point parviennent à refaire leur fortune. Cela peut arriver une fois sur cent. Et les quatre-vingt-dix-neuf prêteurs qui sont victimes de cette singulière théorie, que deviennent-ils ?

167. D'Aguesseau était un homme de cour; il est l'organe de la noblesse, il n'est pas l'organe du droit quand il fait un plaidoyer en faveur des hypothèques occultes. Les légistes n'étaient pas de son avis ; ceux-là surtout qui, par la spécialité de leurs travaux, avaient fait une étude approfondie du régime hypothécaire et de ses défauts. Loyseau dit que l'inconvénient est grand des innombrables hypothèques qui grèvent le sol, tout contrat emportant droit réel. Il insiste sur le péril qu'il y avait à acquérir des immeubles. L'acquéreur de bonne foi pense être bien assuré de ce qu'on lui vend, et puis il s'en voit évincé au moyen d'une hypothèque constituée secrètement qu'il ne lui était pas possible de connaître ni de découvrir (1). Basnage (2) et d'Héricourt (3) forment les mêmes plaintes : les prêteurs étaient trompés aussi bien que les acquéreurs. Il n'y avait qu'un remède au mal, d'Héricourt l'indiqua : c'était d'ériger en loi générale la publicité que prescrivaient les coutumes de nantissement.

En regard des plaintes formées par les légistes, il faut placer une déclaration du parlement de Flandre. Un édit

(1) Loyseau, *Traité du déguerpissement*, livre III, ch. I, n°s 14 et suiv.
(2) Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. I, p. 10 (édit. in-12 de 1702).
(3) D'Héricourt, *Traité de la vente des immeubles*, ch. XI, sect. III, n°s 8 et suiv., et ch. XIV, n° 7.

de 1771 étendit aux pays de nantissement le système hypothécaire qui régissait toute la France ; le parlement résista, et sa résistance était légitime ; il l'appuyait, non sur des préjugés, mais sur des faits : « La publicité des hypothèques, dit-il, est le chef-d'œuvre de la sagesse, le sceau et la sûreté des propriétés. » Le parlement considère la publicité « comme un droit fondamental dont l'usage avait produit dans tous les temps les plus heureux effets et avait introduit autant de confiance que de facilité dans les affaires que les peuples belges traitent entre eux ». « Les hypothèques se conservent de la même manière dans les Pays-Bas français, autrichiens, hollandais, et les peuples de ces différentes contrées font entre eux une infinité d'affaires avec une confiance entière (1). »

168. On a fait, lors de la discussion du code civil, un reproche et presque un crime aux coutumes de nantissement, c'est d'être entachées de féodalité. Il est vrai que les formes étaient féodales, mais le principe de la publicité n'était certes pas un abus de la féodalité. Que fallait-il faire ? Maintenir le principe et changer les formes. C'est ce que fit l'Assemblée constituante ; elle supprima (loi du 27 septembre 1790) les formalités du nantissement féodal et les remplaça par la transcription du contrat au greffe des tribunaux. Ainsi le législateur maintenait le nantissement dans son essence ; la publicité restait judiciaire, comme elle l'était dans nos anciennes coutumes. La loi de 1790 n'était qu'une mesure transitoire ; le mode de publicité qu'elle consacrait tenait à la confusion de la juridiction contentieuse et de la juridiction volontaire. Il fit place à une publicité administrative, ce qui était en harmonie avec le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs ; la juridiction volontaire ou gracieuse appartient aux agents du pouvoir exécutif, elle n'a rien de commun avec l'exercice de la puissance judiciaire. La loi du 3 messidor an III institua les conservateurs des hypothèques et adopta un autre mode de publicité : au lieu de transcrire au greffe les actes constitutifs de l'hypothèque, le conservateur fut

(1) Treilhard, Exposé des motifs, nº 16 (Locré, t. VIII, p. 238).

chargé de donner la publicité aux hypothèques, en faisant l'inscription sur un registre à ce destiné. Il restait à compléter la publicité par la spécialité. C'est ce que fit la loi du 11 brumaire an VII : elle disposa qu'à l'avenir on ne pourrait établir d'hypothèque conventionnelle que pour garantie de créances déterminées, et que ces hypothèques ne pourraient frapper que les immeubles spécialement désignés dans l'acte.

169. Pour la France presque tout entière, la publicité était une innovation. Cela explique le peu de faveur que trouvèrent les principes du système hypothécaire établi par la loi de brumaire. Lorsque le projet de code civil fut soumis aux tribunaux d'appel, où les vieux parlementaires se trouvaient encore en majorité, la plupart se prononcèrent contre la publicité (1); neuf seulement proposèrent de maintenir la loi de l'an VII, mais la minorité appartenait aux villes les plus considérables, Paris, Lyon, Rouen, Bruxelles. Au conseil d'Etat aussi, la majorité paraissait favorable au régime traditionnel. La section de législation s'étant divisée, il y eut deux rapports, l'un de Bigot-Préameneu en faveur de l'hypothèque occulte, l'autre de Réal en faveur de la publicité. Le premier est d'une faiblesse extrême; il témoigne, à vrai dire, contre la cause qu'il défend. Le rapporteur repousse les coutumes de nantissement, parce qu'elles procédaient du régime féodal, et il ne tient aucun compte des édits royaux, parce qu'ils étaient entachés de fiscalité. Il est inutile de répondre à ces accusations : est-ce que Sully et Colbert, est-ce que Loyseau, Basnage et d'Héricourt étaient des barons féodaux, et quand ils invoquaient l'intérêt des tiers, plaidaient-ils la cause du fisc? Pour prouver que la publicité était inutile, Bigot-Préameneu dit qu'il y a des hypothèques, générales de leur nature, qu'il est impossible de spécialiser et de soumettre à la publicité. Notre loi, en étendant la spécialité et la publicité aux hypothèques légales, a donné un démenti à cette prétendue impossibilité. Enfin le rapporteur va jusqu'à in-

(1) Trente sur trente et un (Bigot-Préameneu, Rapport, dans Locré, t. VIII, p. 166).

voquer la liberté individuelle, qui s'oppose, disait-il, à ce qu'on mette au grand jour la situation pécuniaire des familles. Voilà une liberté d'un nouveau genre, la liberté de tromper les tiers! Est-il nécessaire de répondre que ceux qui ne veulent pas révéler au public qu'ils ont plus de dettes que de biens ont un moyen bien simple : c'est de ne pas contracter des dettes qui dépassent leur avoir; mais vouloir emprunter, en donnant pour gage imaginaire des immeubles hypothéqués au delà de leur valeur, c'est réclamer le droit de tromper ses créanciers. C'est une *liberté* à l'usage des fripons (1)!

170. Réal fit un rapport en sens contraire au nom des membres de la section de législation qui s'étaient prononcés pour le maintien du système de publicité et de spécialité inauguré par la loi de brumaire (2). C'est l'œuvre d'un vrai jurisconsulte qui, dans une question où le bien public est engagé, s'inspire de l'intérêt général sans léser les droits des individus. Le régime hypothécaire, dit Réal, doit protéger spécialement, efficacement, les traités qui ont les immeubles pour objet : il faut que les lois donnent sur les biens toutes les sûretés que l'on cherche dans une garantie réelle. Réal cite les paroles du tribunal d'appel de Rouen pour montrer quelle est l'importance d'une bonne législation sur les hypothèques : selon la solution que le législateur sanctionnera, la loi donnera la vie et le mouvement au crédit public et particulier, ou elle en sera le tombeau. Chose singulière! les mots de *crédit public* ne se trouvaient point dans le rapport de Bigot-Préameneu; on dirait un Romain du temps des XII Tables. Réal place le débat sur son véritable terrain. Les immeubles entrent dans les transactions, soit pour être affectés au payement d'une somme prêtée, soit pour en obtenir le prix destiné à l'exécution d'une obligation. Le but à remplir est donc de procurer à ce double genre de transactions la plus grande solidité. Il faut que l'acquéreur trouve sécurité dans son acquisition, facilité et sécurité dans sa libération. Il faut

(1) Bigot-Préameneu, Rapport, séance du 12 pluviôse an XII (Locré, t. VIII, p. 146 et suiv.).

(2) Réal, Rapport, séance du 12 pluviôse an XII (Locré, p. 170 et suiv.).

que le propriétaire d'un immeuble jouisse de la totalité du crédit que lui assure sa propriété; et si son immeuble est déjà affecté à quelque créance, il doit obtenir un crédit égal à la valeur dont sa propriété surpasse l'engagement qui la grève. De son côté, le capitaliste qui voudra prêter, ainsi que tous ceux qui traitent avec un propriétaire, doivent trouver dans la loi hypothécaire un moyen sûr, infaillible de connaître la fortune de celui avec qui ils contractent. La conséquence d'un pareil régime sera qu'un homme de mauvaise foi ne pourra jamais vendre ce qui ne lui appartient pas, ni présenter au capitaliste un crédit mensonger. Il en résultera que les propriétaires et les capitalistes n'auront plus de dangers à courir; par suite, il y aura aux ventes d'immeubles un plus grand concours d'acquéreurs; ce qui fera remonter le prix des biens à leur véritable valeur. Il en résultera que le capitaliste, trouvant une sécurité parfaite dans les prêts sur immeubles, se contentera d'un plus léger bénéfice. Par là le régime hypothécaire favorisera l'agriculture, et il fera baisser l'intérêt de l'argent. En disant ce que la législation hypothécaire devait faire, Réal justifiait les innovations de la loi de brumaire en ce qui concerne la publicité et la spécialité des hypothèques. A ceux qui invoquaient la tradition contre la loi de l'an VII, Réal répondait en rétablissant les faits altérés par les partisans des hypothèques occultes. La publicité est une institution coutumière, elle a été pendant longtemps la loi de la plus grande partie de la France; elle est restée la loi des provinces belgiques et des provinces rhénanes, ces contrées riches et heureuses dont la France républicaine s'était agrandie. Au reproche de fiscalité, Réal opposait l'autorité de Colbert; s'il échoua dans ses projets de réforme, il faut en chercher la cause dans les préjugés, dans l'intrigue, et surtout dans la malheureuse nécessité où se trouvaient les grands d'en imposer au public par leur richesse mensongère, pour tromper leurs créanciers.

171. La discussion au conseil d'Etat fut longue et sérieuse. Treilhard, un des hommes de 1789, défendit vivement l'œuvre de la révolution, qui n'était certes pas une œuvre révolutionnaire, puisqu'elle emprunta la publicité à

des coutumes féodales. Dans l'Exposé des motifs, l'orateur du gouvernement reproduisit les considérations qu'il avait fait valoir au sein du conseil d'Etat. Treilhard rappelle les essais de réforme tentés par Henri IV et Louis XIV. Pourquoi échouèrent-ils? « Les hommes puissants voyaient s'évanouir leur funeste crédit; ils ne pouvaient plus absorber la fortune des citoyens crédules qui, jugeant sur les apparences, supposaient de la réalité partout où ils voyaient de l'éclat. » Il faut y ajouter, dit Treilhard, l'opposition d'une classe d'hommes accoutumés à confondre l'habitude avec la raison : les cris des praticiens vinrent fortifier les plaintes des courtisans. Croirait-on qu'au conseil d'Etat on reproduisit la défense maladroite que d'Aguesseau avait opposée à l'édit de Colbert? On alla jusqu'à dire que la publicité des hypothèques altérait le crédit et nuisait à la circulation. Treilhard répond en se moquant de l'objection : « Il est possible que l'espèce de circulation qui porte la fortune de l'homme de bonne foi dans la main de l'homme astucieux et immoral soit diminuée par cette publicité, et c'est un des grands avantages du projet; car la république ne gagne rien, elle perd, au contraire, quand le fripon s'enrichit en trompant l'honnête homme (1). »

Enfin Treilhard repousse l'autorité de la tradition romaine. Il reconnaît volontiers que les jurisconsultes de Rome sont nos maîtres; cela ne veut pas dire que nous leur devions un respect servile. « Quand il s'agit d'opinions, dit très-bien l'orateur, je ne donne à l'autorité, quelle qu'elle soit, que l'avantage de commander un examen plus réfléchi. Or, il y a des choses qui ne peuvent jamais être bonnes et que la tradition ne peut justifier : telles sont les hypothèques occultes. »

172. Napoléon présidait le conseil d'Etat dans les deux séances où fut débattue cette grave question. Son esprit si juste fut frappé des avantages, pour mieux dire, de la nécessité de la publicité. Mais il trouvait que les partisans de la loi de brumaire ne répondaient pas à la critique que

(1) Treilhard, Exposé des motifs, nos 5 et 19 (Locré, t. VIII, p. 238 et 244).

l'on faisait des dispositions de cette loi concernant les hypothèques légales. Napoléon consentait bien à sacrifier les intérêts du trésor à l'intérêt général, qui réclame la publicité des charges hypothécaires. Qu'on soumette donc à la publicité l'hypothèque légale de l'Etat; mais peut-on subordonner à cette condition l'efficacité des hypothèques que la loi donne aux mineurs et aux femmes mariées, c'est-à-dire à des incapables? La loi ne doit-elle pas protéger ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes sauvegarder leurs intérêts? L'opinion du premier consul l'emporta sur l'opposition dangereuse qui se manifestait au conseil d'Etat contre la publicité; mais Napoléon fit une concession à ceux qui attaquaient la loi de brumaire en consentant à la clandestinité des hypothèques légales (1). C'était un compromis, et, comme toute transaction sur les principes, celle-ci fut funeste au crédit; car ce sont précisément les hypothèques des incapables qui couvrent le sol et qui enlèvent aux propriétaires le crédit auquel ils ont droit, en accordant aux mineurs et aux femmes mariées des garanties réelles dispensées de la publicité. Le législateur belge, plus conséquent, a étendu les principes de la publicité et de la spécialité à toutes les hypothèques, sans sacrifier néanmoins les intérêts des incapables. Nous exposerons plus loin le système de la loi nouvelle.

SECTION II. — Notions générales.

§ I[er]. *Définition et caractères.*

N° 1. L'HYPOTHÈQUE EST UN DROIT RÉEL IMMOBILIER

173. « L'hypothèque est un droit *réel* sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation » (art. 41; code civil, art. 2114). Nous avons dit ailleurs quels sont les caractères qui distinguent les droits *réels* des droits *personnels* ou de créance. Ce qui les caractérise, c'est qu'ils

(1) Séance du conseil d'Etat du 12 pluviôse an XII (Locré, t. VIII, p. 179, n° 97), et séance du 19 pluviôse an XII, n° 91 (Locré, t. VIII, p. 189 et suiv.).

sont absolus et s'exercent sur la chose ou contre la chose dans quelques mains qu'elle se trouve, tandis que les droits personnels supposent un créancier qui a action contre la personne. L'article 41 consacre ce principe en disant que l'hypothèque *suit* les immeubles dans quelques mains qu'ils passent. En quel sens l'hypothèque est-elle affectée à l'acquittement d'une obligation? Elle donne au créancier un droit de préférence à l'égard des créanciers chirographaires, sur le prix de l'immeuble hypothéqué. Le droit du créancier hypothécaire se réalise donc par la vente forcée de l'immeuble qui est affecté à sa créance; il est colloqué sur ce prix par préférence aux autres créanciers. C'est là le but de l'hypothèque et son effet essentiel.

On dit d'ordinaire que l'hypothèque donne deux droits au créancier, le droit de préférence et le droit de suite, et que le droit de suite est la sanction du droit de préférence (1). A vrai dire, le droit de suite est la conséquence de la réalité du droit d'hypothèque; tout droit réel donne le droit de suite, parce que tout droit réel est un droit absolu. Si les priviléges mobiliers ne donnent pas le droit de suite, c'est parce que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque (art. 46; code civil, art. 2119), c'est-à-dire que celui qui a un droit réel sur un objet mobilier ne peut l'exercer contre un tiers possesseur de bonne foi. Le propriétaire même n'a pas le droit de suite, puisqu'il ne peut pas revendiquer la chose mobilière contre le possesseur de bonne foi; à plus forte raison celui qui n'a qu'un droit réel ne peut-il le faire valoir contre un tiers possesseur. Nous reviendrons plus loin sur le vieil adage reproduit par l'article 46.

174. L'hypothèque est-elle un droit immobilier ou un droit mobilier? Cette question est très-controversée; notre loi hypothécaire l'a tranchée implicitement par l'article 1er qui est ainsi conçu : « Tous actes translatifs ou déclaratifs de *droits réels immobiliers*, *autres* que les *priviléges* et les *hypothèques*, seront transcrits. » La loi pose une règle pour les droits réels immobiliers, puis elle y fait une ex-

(1) Duranton, t. XIX, p. 367, n° 248. Comparez Valette, p. 377.

ception pour les priviléges et les hypothèques ; or, l'exception implique que les droits auxquels elle se rapporte sont compris dans la règle, donc la loi range les priviléges et les hypothèques parmi les droits réels immobiliers. Il nous reste à voir si cette classification est exacte.

Nous avons dit, au titre de la *Distinction des biens*, qu'il y a deux espèces de droits immobiliers. D'abord ceux qui tendent à mettre un immeuble dans la main de celui à qui ils appartiennent, ce que l'article 526 appelle actions qui tendent à revendiquer un immeuble. C'est une mauvaise formule du vieil adage : *Jus est immobile quod tendit ad immobile*. Il est certain que, considérée sous ce rapport, l'hypothèque n'est pas un droit immobilier ; en effet, à quoi tend-elle? A payer le créancier hypothécaire par préférence aux autres créanciers (n° 173); elle tend donc à une chose mobilière; c'est ce qui a engagé la plupart des auteurs à considérer l'hypothèque comme un droit mobilier (1).

Il y a une seconde classe de droits immobiliers, ce sont ceux qui s'exercent sur un immeuble, en ce sens qu'ils en sont un démembrement. Le code civil ne les définit pas, il les énumère, mais l'énumération n'est pas complète. Aux termes de l'article 526, « sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent l'usufruit des choses immobilières et les servitudes ou services fonciers ». La loi ne parle pas des hypothèques ; ce silence a été invoqué comme un argument contre la doctrine qui considère l'hypothèque comme un droit immobilier. On a tort de s'attacher, en cette matière, à la lettre de la loi. Le code civil n'est pas un manuel, il n'a pas pour objet de donner des classifications scientifiques. Il faut donc laisser là le texte pour remonter aux principes.

La propriété d'un immeuble donne-t-elle au propriétaire un droit immobilier? Personne n'en doute, quoique l'article 526 n'en parle point. Si le droit de propriété d'un immeuble est immobilier, c'est parce que le propriétaire exerce tous les droits que la propriété confère, et il les exerce sur

(1) Voyez les auteurs cités par Pont, t. 1, p. 340, note 2.

un immeuble ; il en dispose et il en jouit de la manière la plus absolue (art. 544). Par identité de raison, tous les droits démembrés de la propriété sont des droits immobiliers, car c'est l'ensemble de ces droits qui constitue la propriété. Voilà pourquoi le droit de jouissance détaché de la propriété est rangé parmi les immeubles, et il en est de même des servitudes (art. 526). Par application du même principe, l'hypothèque doit être classée parmi les droits immobiliers. En effet, l'hypothèque démembre la propriété. Cela ne saurait être contesté, on n'a qu'à lire l'article 45 pour s'en convaincre. Nous reviendrons plus loin sur cette disposition. Le débiteur qui a donné un immeuble en hypothèque, n'a plus sur sa chose le pouvoir absolu qui caractérise la propriété ; il ne peut plus en disposer comme le propriétaire en la détruisant, il ne peut plus en jouir, ni l'administrer comme il l'entend, quand même il agirait en bon père de famille : son droit de propriété n'est donc plus entier, il est démembré. Si l'hypothèque est un démembrement de la propriété, elle est par cela même un droit immobilier. Vainement dit-on que le créancier hypothécaire n'exerce aucun droit sur l'immeuble ; l'article 526 répond à l'objection. La servitude est toujours un droit immobilier ; il y a cependant des servitudes que le propriétaire du fonds dominant n'exerce point sur le fonds servant, en ce sens qu'il n'y fait aucun acte : telle est la servitude de ne pas bâtir, ou de ne bâtir que jusqu'à telle hauteur. Pourquoi cette servitude est-elle un droit immobilier? Parce que la propriété du fonds servant n'est plus entière, elle est démembrée au profit du fonds dominant. Il en est de même de l'hypothèque. Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut plus en disposer en maître absolu ; il ne peut faire aucun acte qui nuise au créancier ; donc son droit de propriété est démembré au profit de celui-ci, ce qui suffit pour que l'hypothèque soit un droit immobilier, au même titre que la servitude de ne pas bâtir.

Il est assez généralement admis que l'hypothèque est un démembrement de la propriété. Il n'y a que M. Demolombe qui distingue. Le droit d'hypothèque, dit-il, ne morcèle ni ne fractionne le droit de propriété ; il l'enveloppe,

il l'étreint, mais il en entrave l'exercice plutôt qu'il ne divise le droit lui-même entre le propriétaire et le créancier (1). Martou, notre excellent jurisconsulte, dit que cette distinction est dans les mots et non dans les choses ; il aurait pu dire que ce ne sont que des mots dans lesquels on chercherait vainement une idée. Le droit du propriétaire qui a hypothéqué l'immeuble reste-t-il entier? Non, donc il est démembré ; et il est démembré au profit du créancier hypothécaire, donc le droit de celui-ci est immobilier.

Il y a une autre opinion qui admet que l'hypothèque démembre la propriété et qui néanmoins la considère comme un droit mobilier. L'hypothèque, dit-on, garantit une créance, elle est donc l'accessoire d'un droit mobilier, et, partant, elle en prend la nature (2). C'est mal raisonner, nous semble-t-il. L'accessoire prend la nature du principal quand il se confond avec le principal et ne fait plus qu'un avec lui. Certes on ne dira pas que c'est en ce sens que l'hypothèque est l'accessoire de la créance ; elle en est l'accessoire parce qu'elle est affectée au payement de l'obligation, ce qui veut dire qu'il ne peut y avoir d'hypothèque sans obligation principale ; mais la garantie ne prend pas la nature du droit qui est garanti. Ainsi un gage peut être constitué pour la garantie d'un droit immobilier : dira-t-on que le gage devient immeuble parce que l'obligation principale est immobilière? Cela serait absurde. A notre avis, il est tout aussi absurde de dire que l'hypothèque qui, par elle-même est immobilière, devient un droit mobilier, parce que l'obligation principale est mobilière.

N° 2. DE L'INDIVISIBILITÉ DE L'HYPOTHÈQUE.

I. *Principes généraux.*

175. « L'hypothèque est, de sa nature, indivisible » (art. 41 ; code civil, art. 2114). En quel sens est-elle indivisible? La cour de cassation a pris au pied de la lettre ce que dit l'article 2114, et elle en a conclu que l'hypothèque

(1) Demolombe, t. IX, p. 370, n°s 471 et 472. Comparez Marcadé, t. II, p. 344, n° IV. En sens contraire, Martou, t. II, p. 300, n° 390.

(2) Duranton, t. XIX, p. 356, n° 241. Comparez Valette, p. 181 et suiv.).

est un droit indivisible dans le sens de l'article 1217 et de l'article 1218 (1); c'est-à-dire qu'il s'agit d'une indivisibilité absolue, ou d'une indivisibilité d'obligation qui est assimilée à l'indivisibilité absolue. C'est une erreur certaine que l'on a de la peine à concevoir. Tout le monde reconnaît que l'hypothèque peut se diviser; or, ce qui caractérise l'indivisibilité proprement dite, c'est que le droit indivisible ne comporte pas de division. Chose singulière! La cour de cassation a reproduit une erreur dans laquelle les glossateurs étaient tombés, et que Dumoulin a relevée. Le grand jurisconsulte dit très-bien que l'hypothèque, de son essence, est divisible, puisque rien n'empêche les parties de stipuler que, l'obligation principale se divisant, l'hypothèque se divisera également. Pourquoi donc la loi la déclare-t-elle indivisible? Parce que tel est l'intérêt du créancier; il lui importe de conserver l'intégralité de sa garantie, alors même que la créance viendrait à se diviser, parce que la garantie peut, par des causes imprévues, devenir insuffisante; or, l'hypothèque est stipulée dans l'intérêt du créancier; la loi a donc dû supposer que l'intention des parties était de la rendre indivisible. Est-ce à dire qu'il en résulte une indivisibilité d'obligation, comme dans le cas de l'article 1218? Non, l'hypothèque pourra toujours être divisée par la volonté des parties, sans qu'il en résulte une novation de l'obligation première, tandis que l'indivisibilité d'obligation devient une indivisibilité absolue, dans le cas prévu par l'article 1218 (2).

176. Le code civil et notre loi hypothécaire ont emprunté à Dumoulin la formule qui détermine les effets de l'indivisibilité : « L'hypothèque subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles » (art. 41, code civil, art. 2114). Pour l'application du principe, il faut considérer l'indivisibilité par rapport aux biens hypothéqués et par rapport à la créance à laquelle l'hypothèque est affectée.

(1) Rejet, 29 juillet 1858 (Dalloz, 1859, 1, 125). En sens contraire, Pont, t. I, p. 344, n° 331.

(2) Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pars III, nos 27-31.

L'hypothèque subsiste sur les biens qui en sont grevés, jusqu'à l'acquittement intégral de la dette. Si les fonds hypothéqués sont divisés, soit par vente, soit par succession, chaque immeuble et chaque portion de l'immeuble restent affectés à la dette, comme s'ils avaient été seuls frappés d'hypothèque. De même si la dette est acquittée en partie ou si elle se divise, la division ou l'extinction partielle de la dette n'a aucune influence sur l'hypothèque; elle subsistera en entier, bien que la dette soit acquittée pour partie, ou que le détenteur de l'immeuble hypothéqué n'en soit tenu personnellement que pour partie. Cette dernière conséquence du principe de l'indivisibilité est formulée dans plusieurs articles du code civil. Les dettes se divisant entre les héritiers, chacun n'en est tenu personnellement que pour sa part héréditaire; mais celui qui est détenteur de l'immeuble hypothéqué à la dette en est tenu hypothécairement pour le tout (art. 873. Comparez articles 1009 et 1012). Voilà encore un avantage de l'indivisibilité de l'hypothèque. Par l'action personnelle, le créancier n'obtiendrait qu'un payement divisé; par l'action hypothécaire, il peut agir pour le tout (1).

177. On voit que l'indivisibilité de l'hypothèque ne rend pas l'obligation indivisible; elle se divise activement et passivement entre les héritiers du créancier et les héritiers du débiteur. De là des conséquences importantes en ce qui concerne la prescription. Aux termes de l'article 2249, l'interpellation faite à l'un des héritiers du débiteur solidaire, ou la reconnaissance de cet héritier, n'interrompt pas la prescription à l'égard des autres cohéritiers, *quand même la créance serait hypothécaire*, si l'obligation n'est *indivisible*. L'hypothèque, quoique garantissant le payement de toute la dette, n'empêche donc pas que la dette s'éteigne partiellement, par la prescription qui court au profit de l'un des héritiers du débiteur; de même l'un des héritiers du créancier peut perdre sa part dans la créance, tandis que son cohéritier aura conservé la sienne, en interrompant la prescription. Il n'y a aucune corrélation

(1) Valette, p. 133; Martou, t. II, p. 302, nos 693 et 694.

entre l'action hypothécaire qui est indivisible et l'action personnelle qui est divisible (1).

178. Le débiteur ne peut se prévaloir de l'indivisibilité de l'hypothèque. Cela résulte de l'intention des parties contractantes. Le débiteur consent à l'indivisibilité dans l'intérêt du créancier; il ne peut donc pas invoquer contre le créancier une garantie qu'il lui a accordée. Si le créancier meurt laissant plusieurs héritiers, la créance se divise de plein droit entre eux; chacun peut demander sa part dans la créance; il en résulte que l'hypothèque subsistera en entier malgré ce payement partiel. Cela n'autorise pas le débiteur à exiger que les divers héritiers s'entendent pour recevoir le payement intégral de la créance, et à lui donner mainlevée de l'inscription hypothécaire. La cour de cassation l'a jugé ainsi et la question n'est pas douteuse. Le débiteur n'a pas même le droit de se plaindre de ces actions divisées, car, de son côté, il a le droit de payer à chacun des héritiers leur part dans la dette; il tient donc à lui de se libérer à l'égard de tous et d'obtenir la mainlevée de l'inscription (2).

179. Tous les auteurs enseignent que la loi, en disant que l'hypothèque est indivisible de sa nature, entend dire qu'elle ne l'est pas de son essence; d'où ils concluent que les parties peuvent faire des conventions contraires. Le droit des parties de faire telles conventions qu'elles jugent convenables, relativement à l'indivisibilité de l'hypothèque, n'est pas douteux, puisque l'indivisibilité même se fonde sur leur intention. Elles peuvent convenir que si la dette est acquittée partiellement, soit que le créancier consente à recevoir un payement partiel, soit que l'obligation se divise entre les héritiers, l'hypothèque sera éteinte dans la même proportion, c'est-à-dire qu'elle sera réduite à une partie de l'immeuble ou des immeubles hypothéqués. Mais on a tort de considérer cette réduction de l'hypothèque comme une exception à l'indivisibilité. L'hypothèque ainsi réduite ou éteinte partiellement restera indivisible comme

(1) Duranton, t. XIX, p. 366, n° 246. Pont, t. I, p. 347, n° 333.
(2) Rejet, 9 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 1, 49).

l'était l'hypothèque primitive; le principe de l'indivisibilité est seulement modifié, en ce sens que l'hypothèque s'éteindra partiellement, tandis que, de droit commun, elle s'éteint pour le tout par le payement de toute la dette (1).

II. *Du concours d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale.*

180. L'indivisibilité de l'hypothèque donnait lieu, sous l'empire du code civil, à une question très-controversée, dans le cas où un créancier ayant une hypothèque générale se trouvait en concours avec un créancier postérieur n'ayant qu'une hypothèque spéciale, constituée sur un immeuble compris dans l'hypothèque générale. On demandait si le premier, en vertu de son hypothèque générale, pouvait exercer son droit sur l'immeuble grevé d'une hypothèque spéciale. Sous l'empire de notre loi hypothécaire, la question ne peut plus se présenter dans ces termes, puisqu'il n'y a plus d'hypothèques générales dans le sens du code civil. Toutefois il y a encore des hypothèques qui peuvent porter sur tous les biens du débiteur : telle est l'hypothèque légale de l'Etat sur les biens des comptables; telle serait aussi l'hypothèque conventionnelle qui grèverait tous les biens du débiteur. Le conflit entre une hypothèque générale ainsi définie et une hypothèque spéciale est donc toujours possible, et, par suite, la difficulté peut encore se présenter.

181. Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, la solution n'est pas douteuse. Un premier créancier stipule une hypothèque sur une maison, un champ et un bois. Quel est son droit? La loi répond (art. 41; code civil, art. 2114) qu'il a un droit indivisible, qui subsiste en entier, sur tous les immeubles affectés et sur chacun de ces immeubles. Le créancier peut donc exercer son droit sur les trois fonds affectés à sa créance, ou sur celui des trois fonds qu'il veut choisir. Postérieurement le débiteur concède une hypothèque sur la maison, puis une seconde sur le champ et une

(1) Martou, t. II, p. 304, n° 695; Pont, t. I, p. 346, n° 332. Comparez Duranton, t. XIX, p. 362, n° 245.

troisième sur le bois. Un ordre s'ouvre sur le bois. Le créancier qui a une hypothèque générale sur les fonds du débiteur peut-il se présenter à l'ordre? L'affirmative n'est pas douteuse. Son hypothèque frappe le bois et l'affecte pour la sûreté de toute sa créance. Ce droit ne peut pas lui être enlevé par une nouvelle concession hypothécaire que le débiteur consent sur ledit bois; donc le créancier peut l'exercer, et il primera le second créancier inscrit sur le même fonds. C'est une conséquence évidente de l'indivisibilité de l'hypothèque et du droit que l'hypothèque donne au créancier. Il est vrai qu'il résultera de ce concours de l'hypothèque générale, que l'hypothèque spéciale peut devenir inefficace, et, par suite, le second créancier perdra sa garantie et sa créance. Mais qu'importe? Le second créancier ne peut pas se plaindre de ce que le premier vient le primer; il devait s'y attendre, puisque le créancier ayant hypothèque générale avait un droit sur le bois pour la sûreté de toute sa créance. Vainement le second créancier dirait-il que le premier peut encore exercer son droit sur la maison et le champ, qui lui sont également hypothéqués, et que l'équité demande qu'il le fasse; c'est une considération d'équité sur laquelle nous reviendrons; mais l'équité est subordonnée au droit, et elle n'autorise pas l'interprète à faire exception à la loi.

Sur le principe, tout le monde est d'accord (1). La cour de Paris, qui avait d'abord jugé que le créancier pouvait être forcé à diviser son hypothèque, est revenue sur cette erreur, condamnée par le texte du code civil (2).

182. Ce principe reçoit-il des exceptions ou des restrictions? Ici nous entrons dans un dédale de controverses que l'on aurait évitées si l'on s'en était tenu à la rigueur du droit. Quand un principe est établi par la loi, le législateur seul peut le modifier ou le restreindre, à moins qu'il ne permette aux parties d'y déroger. L'indivisibilité de l'hypothèque est une des règles de notre régime hypothécaire que la loi abandonne aux libres conventions des parties

(1) Pont, t, I, p. 354, nº 336; Aubry et Rau, t. III, p. 413.
(2) Paris, 5 avril 1811 et 24 novembre 1814, cités par Pont.

intéressées (n° 179). Il suit de là que le créancier peut renoncer au droit que lui donne l'indivisibilité de l'hypothèque, et cette renonciation peut être expresse ou tacite. On suppose qu'un ordre s'ouvre sur tous les immeubles qui lui sont hypothéqués : il a le droit de se faire colloquer sur le prix de tous les immeubles; mais s'il accepte une collocation restreinte à un seul immeuble, il renonce implicitement à se faire colloquer sur le prix des autres immeubles, à moins qu'il ne réserve ses droits. Si donc la collocation qu'il a acceptée était insuffisante, il ne pourrait pas obliger les autres créanciers à rapporter les sommes qu'ils ont touchées. On ne saurait contester le principe de la renonciation; le seul point sur lequel il puisse y avoir débat, c'est la question de savoir s'il y a renonciation : c'est une question d'intention, que le juge du fait décide souverainement. La jurisprudence a consacré cette doctrine en l'appliquant à la femme dotale qui, dans un ordre ouvert sur les biens du mari, accepte une collocation spéciale sur le prix d'un de ces immeubles (1). Nous n'entrons pas dans ces détails, puisque la difficulté se présentera rarement, d'après notre loi, qui n'admet plus les hypothèques générales, judiciaires et légales.

La renonciation du créancier est la seule exception que l'on puisse admettre, car la loi n'en fait point. On enseigne cependant que les autres créanciers peuvent contraindre celui qui a une hypothèque portant sur plusieurs immeubles à se contenter d'une collocation sur le prix de l'un des immeubles, et que, par suite, ils peuvent demander à être colloqués sur les autres immeubles s'ils fournissent caution de rapporter le montant de leurs collocations dans le cas où la collocation spéciale serait insuffisante pour désintéresser le créancier qui a une hypothèque générale (2). Voilà déjà l'équité qui s'introduit dans le domaine du droit pour le limiter; à notre avis, le législateur seul a ce pouvoir, l'interprète doit s'en tenir à la loi; or, le droit du créancier qui a une hypothèque générale est écrit dans nos

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 413, note 19.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 413, § 284, 4e édition.

textes : il peut demander à être colloqué sur le prix de tous les immeubles affectés à sa créance, et s'opposer à la délivrance de bordereaux à des créanciers postérieurs jusqu'à ce qu'il ait été payé intégralement.

183. Nous arrivons aux applications, plus ou moins controversées. Il y a une conséquence de l'indivisibilité qui est évidente, c'est que le créancier qui a une hypothèque sur plusieurs immeubles ne peut pas être obligé à diviser sa demande en collocation, en la portant proportionnellement sur le prix de tous les immeubles qui lui sont affectés. Cela est admis, en principe, par la doctrine et la jurisprudence (1). Mais, en appliquant le principe, les auteurs et les cours s'en écartent plus ou moins.

On suppose d'abord qu'un seul des immeubles hypothéqués soit vendu; un ordre s'ouvre, dans lequel se présentent le créancier qui a une hypothèque générale et des créanciers postérieurs qui ont une hypothèque spéciale. Le premier créancier peut demander à être colloqué pour toute sa créance. C'est son droit; cela est décisif. Il en est de même quand tous les immeubles hypothéqués sont vendus; le principe est identique. Ici cependant on fait une restriction. On admet l'application du principe lorsqu'il y a des ordres séparés, ouverts dans des tribunaux différents. Pourquoi cette condition? C'est de nouveau l'équité que l'on écoute et qui domine, en réalité, en cette matière, dans la doctrine et la jurisprudence. L'équité est pour le créancier dans les deux cas que nous venons de supposer. En effet, si on ne lui accordait qu'une collocation partielle, il serait obligé de recevoir un payement partiel, puis d'agir sur les autres immeubles à lui affectés (2). Nous n'aimons pas le motif de décider, parce qu'il implique que si l'équité était pour les créanciers ayant une hypothèque spéciale, ils l'emporteraient, malgré le droit que l'indivisibilité donne au premier créancier.

184. Quelle est, dans ces deux cas, la situation des créanciers qui ont une hypothèque spéciale? Leur hypo-

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, page 413, § 284, note 20.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 414, § 284, note 21.

thèque devient inefficace; dans notre opinion (n° 178), ils n'ont pas le droit de se plaindre. La doctrine, préoccupée de l'équité, a essayé de venir à leur aide en imaginant une subrogation d'équité; le prix de l'immeuble qui leur est hypothéqué sert à désintéresser le créancier qui est payé à leur préjudice : n'est-il pas juste qu'ils soient subrogés à ses droits? Tarrible oublie qu'il n'y a pas de subrogation légale sans loi, ni, en principe, de subrogation sans payement; or, la prétendue subrogation qu'il admet n'est pas consacrée par le code (art. 1251); et, dans l'espèce, ce ne sont pas les créanciers postérieurs qui payent le créancier antérieur : celui-ci les prime à raison du rang que lui donne son inscription. L'opinion de Tarrible n'a pas trouvé faveur, les auteurs et la jurisprudence la repoussent (1). Lors des travaux préparatoires auxquels on s'est livré en France en 1840 et en 1851, on avait proposé de subroger les créanciers spéciaux au créancier général, et déjà une disposition conçue en ce sens avait été adoptée par l'Assemblée législative dans une deuxième lecture; mais le projet n'aboutit point. Si les auteurs de la loi belge ne l'ont pas reproduite, c'est sans doute parce que les hypothèques générales sont abolies et que la difficulté ne se présente guère pour les hypothèques conventionnelles; c'est le motif pour lequel nous n'insistons pas sur ces longs débats.

Si la difficulté se présentait, les créanciers spéciaux, primés par une hypothèque générale, n'auraient qu'un moyen de se mettre à l'abri du préjudice qui les menace, c'est de désintéresser le créancier qui les prime; ce qui leur assurera la subrogation établie par l'article 1251, n° 3 (t. XVIII, n° 67), c'est-à-dire qu'ils exerceront tous les droits du créancier général; partant, ils seront colloqués sur le prix des immeubles qui ne sont pas hypothéqués à leur propre créance (t. XVIII, n°s 110 et 116).

185. Cette subrogation soulève une nouvelle difficulté. Aubry et Rau y apportent une restriction : le créancier subrogé, disent-ils, ne peut se faire colloquer sur le prix

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 414, § 284, note 22, et dans Pont, t. I, p. 356, n°s 337 et 338.

d'immeubles grevés, au profit d'autres créanciers, d'hypothèques antérieures en date à la sienne (1). Nous reprenons l'exemple du n° 181. Une hypothèque en date de 1875 frappe la maison, le champ et le bois du débiteur; il y a des hypothèques spéciales de 1876, 1877 et 1878 sur le champ, la maison et le bois. Un ordre s'ouvre sur le bois, hypothéqué en 1878. Le dernier créancier hypothécaire paye le créancier à hypothèque générale : succédera-t-il à tous ses droits? En principe, oui, mais avec une restriction, dit-on, c'est qu'il ne primera pas les hypothèques consenties en 1876 et en 1877, en faisant porter sa collocation sur le bois en vertu de sa subrogation, pour exercer ensuite ses droits hypothécaires sur les deux autres fonds, afin de se rembourser de la créance qu'il a payée au subrogeant. Cette restriction est contraire aux principes; c'est une exception aux effets de la subrogation; or, toute exception demande un texte. L'équité même ne peut être invoquée par les créanciers à hypothèque spéciale, car ils pouvaient s'attendre à une subrogation qui est écrite dans la loi en faveur d'un créancier postérieur; d'ailleurs l'équité doit être écartée quand elle est en conflit avec le droit (2).

186. Quand la distribution du prix de la totalité des immeubles soumis à l'hypothèque du créancier premier en rang se fait par un seul et même ordre, on distingue : si le créancier à hypothèque générale est intéressé à maintenir le droit que lui donne l'indivisibilité de son hypothèque, on maintient le principe dans toute sa rigueur : si le créancier n'y a aucun intérêt, on fait fléchir le principe, en conciliant les droits des divers créanciers (3). La distinction nous paraît peu juridique. Il ne s'agit pas de l'intérêt du créancier, il s'agit de son droit ; lui seul est juge de son intérêt, ce qui revient à dire qu'il peut renoncer à la rigueur de son droit. Le juge n'est pas appelé à régler des intérêts, sa mission consiste à maintenir les droits que les parties tiennent de la loi ou de leurs conventions. L'un des auteurs

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 414, et note 24, et les arrêts de la cour de Grenoble qu'ils citent.

(2) Pont, t. I, p. 360, n° 341. Comparez Cassation, 3 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 321).

(3) Pont, t. I, p. 363, n°s 343 et 344. Aubry et Rau, t. III, p. 415 et note 25.

qui admettent la distinction dit que le principe de l'indivisibilité est susceptible d'un certain tempérament. Ce tempérament est une véritable exception : qui donne à l'interprète le pouvoir de modifier la loi et les droits qui en résultent? C'est au créancier seul à voir s'il lui convient de maintenir l'indivisibilité de l'hypothèque, ou s'il veut y renoncer.

Ce qui prouve contre l'opinion générale, c'est que, dans l'application, ceux qui la partagent se divisent. D'abord il est très-difficile de décider si le créancier a intérêt ou non à maintenir l'indivisibilité de l'hypothèque : c'est une première cause de difficultés et de procès (1). Puis vient la question de savoir en quoi consiste le *tempérament*, c'est-à-dire la restriction que l'on peut apporter au principe de l'indivisibilité. En droit, la question est insoluble : jusqu'à quel point et dans quelle mesure les juges peuvent-ils déroger à la loi, en tenant compte de l'intérêt du créancier à hypothèque générale et des créanciers à hypothèques spéciales? La question implique une impossibilité juridique; car c'est demander dans quelles limites on peut déroger à la loi, c'est-à-dire la violer? Aussi les interprètes ne s'entendent-ils guère, et les tribunaux pas davantage. Une seule et même cour, et c'est la cour de cassation, a porté des décisions contradictoires. Et l'on peut dire qu'il n'y a pas contradiction. Car, dès que l'on se place sur le terrain de l'intérêt, il n'y a plus de principe; le juge devient législateur, et il décide, dans chaque espèce, selon les circonstances de la cause. Nous croyons inutile d'entrer dans les détails de la doctrine et de la jurisprudence : quand on se met à *tempérer* les principes, il n'y a plus rien de certain, il n'y a plus que l'arbitraire (2).

§ II. *Division des hypothèques.*

187. L'article 42 porte que « l'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les formes autorisés par la loi. »

(1) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, p. 415, § 284, note 25.
(2) Voyez les divers procédés dans Aubry et Rau, t. III, p. 415, § 284, et note 26; Pont, t. I, p. 364, n° 345.

Quel est le sens de cette disposition? C'est la loi qui détermine les cas dans lesquels il y a hypothèque : les parties peuvent-elles convenir que l'hypothèque aura lieu dans d'autres cas? De même la loi règle les formes qui doivent être observées pour les hypothèques conventionnelles et testamentaires : les parties pourraient-elles déroger à ces formes soit par convention, soit par acte de dernière volonté? Enfin les hypothèques légales doivent être spécialisées, et c'est encore la loi qui dispose de quelle manière se fait la spécialisation : les parties pourraient-elles convenir d'un autre mode? Toutes ces questions doivent être décidées négativement. En effet, il est de principe que les particuliers ne peuvent, par leurs conventions, déroger aux lois qui concernent l'ordre public; et on entend par lois d'ordre public celles qui sont portées dans un intérêt public. Or, il est d'évidence que le régime hypothécaire est d'intérêt social; dès lors les parties ne peuvent pas déroger à ce régime. Tel est le sens de l'article 42. La loi belge a aboli les hypothèques judiciaires : les parties pourraient-elles les rétablir directement ou indirectement? Non. Notre loi décide dans quels cas une inscription hypothécaire est nulle : les parties pourraient-elles convenir qu'elle sera nulle pour d'autres causes? Non. La loi belge veut que les hypothèques légales soient spécialisées : les parties pourraient-elles les déclarer générales? Non; et il en est de même de toutes les dispositions de notre régime hypothécaire, toutes sont d'ordre public. Il n'y a d'exception à ce principe que lorsqu'une disposition de la loi hypothécaire est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes : tel est le principe de l'indivisibilité des hypothèques. On rentre, dans ce cas, sous l'empire de la règle qui gouverne les contrats. La loi n'impose pas l'indivisibilité aux parties; elle suppose seulement que leur intention est de rendre l'hypothèque indivisible : libre à elles de manifester une volonté contraire.

188. « L'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire » (art. 43; code civil, art. 2116).

189. « L'hypothèque légale est celle qui résulte de la oi.

« L'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des conventions et de la forme extérieure des actes et des contrats (art. 44; code civil, art. 2117). »

L'hypothèque légale a été profondément modifiée par la loi belge; toutefois la définition que la loi de 1851 en donne est la même que celle de l'article 2117 du code Napoléon. Cette hypothèque est donc restée en essence ce qu'elle était. Ce qui la caractérise, c'est qu'elle résulte de la loi, par opposition à l'hypothèque conventionnelle, qui dépend des conventions. La remarque paraît inutile, mais il importe toujours de préciser les principes les plus élémentaires. Nous en verrons une conséquence en traitant de l'hypothèque légale de la femme. Il y en a qui disent que cette hypothèque est conventionnelle lorsqu'il s'agit des droits qui naissent du contrat de mariage. Il suffit de lire la définition de l'hypothèque légale pour se convaincre qu'il y a contradiction dans les termes et dans les idées quand on donne le nom de *conventionnelle* à l'hypothèque *légale*, car dire qu'une hypothèque est *légale*, c'est dire qu'elle existe *sans convention*; partant, qu'elle n'est pas conventionnelle. La loi nouvelle veut que les hypothèques légales soient spécialisées, et cette spécialisation se fait, par convention, pour les droits qui naissent du contrat de mariage. Dans ce cas, la *spécialisation* est *conventionnelle*, mais l'*hypothèque* reste *légale*. Une hypothèque qui serait tout ensemble légale et conventionnelle est un non-sens.

190. Le code civil admettait encore une hypothèque judiciaire, qui résultait des jugements au profit du créancier. Cette hypothèque n'a pas été maintenue. Par contre, la loi belge admet une hypothèque testamentaire, dont le code civil ne parlait point. Nous en traiterons après avoir exposé les principes qui régissent les hypothèques conventionnelles et légales. Il nous faut voir d'abord les motifs pour lesquels le législateur a aboli l'hypothèque judiciaire.

Cette hypothèque date du XVIe siècle. Elle fut admise comme conséquence du principe d'après lequel, dans l'ancien droit, le débiteur qui s'obligeait par un acte authentique engageait hypothécairement ses biens présents et à venir, sans qu'il fût besoin d'une stipulation. Les jugements

étant aussi des actes authentiques, il était logique d'y attacher une hypothèque générale. Cela était d'autant plus naturel, que le régime antérieur à la révolution confondait les actes de la juridiction contentieuse avec les actes de la juridiction volontaire. Les lois révolutionnaires séparèrent l'ordre judiciaire et l'ordre administratif; et les lois hypothécaires, y compris le code civil, n'attribuèrent point à l'authenticité de l'acte l'effet d'engendrer une hypothèque. Les auteurs du code dérogeant à l'ancien droit, en ce qui concerne le principe d'où dérivait l'hypothèque judiciaire, auraient dû rejeter la conséquence avec le principe. A lire l'Exposé des motifs de notre titre, on croirait à un malentendu : « Les jugements, dit Treilhard, ont un caractère qui ne permet pas de leur accorder moins d'effet qu'à des *contrats authentiques* (1). » Cela semble dire que les *contrats authentiques* emportent hypothèque. Il en était ainsi dans l'ancien droit; tandis que, d'après le code civil, le contrat authentique ne suffit plus pour donner une hypothèque au créancier; il doit la stipuler; l'hypothèque résulte de la *convention*, et non de l'authenticité.

Bigot-Préameneu cherche à justifier l'hypothèque judiciaire par un motif rationnel. « La force des jugements, dit-il, n'eût été qu'illusoire si le condamné eût pu ensuite, par une simple convention d'hypothèque, donner sur ses biens un droit préférable. Il est d'une nécessité absolue que les condamnations judiciaires, comme les engagements légaux, aient, suivant leur date, rang au nombre des dettes hypothécaires (2). » Cela suppose que les jugements ont pour objet de donner des garanties au créancier sur les biens de son débiteur. Il n'en est rien. Le seul effet du jugement est de reconnaître les droits des parties et de donner au créancier un titre exécutoire pour saisir les biens du débiteur qui ne paye point. Mais par lui-même le jugement est tout à fait étranger au droit de préférence qu'un créancier réclame contre les autres créanciers. Cette préférence ne peut résulter que de la convention, de la loi ou

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. VIII, p. 239).
(2) Bigot-Préameneu, Rapport fait au nom d'une partie de la section de législation, n° 6 (Locré, t. VIII, p. 147).

d'un testament. Or, quand le créancier poursuit son débiteur en justice, il n'y a pas de convention qui lui donne hypothèque; il est simple créancier chirographaire et, comme tel, il n'a qu'un gage général sur les biens de son débiteur; si celui-ci est insolvable, le créancier qui le poursuit vient à contribution avec les autres créanciers. De quel droit change-t-il ce gage général, qui ne lui donne aucune préférence, contre une hypothèque judiciaire qui lui assure une préférence? C'est modifier la loi du contrat, au préjudice de la masse chirographaire; ce qui n'est conforme ni à la justice ni à l'équité (1).

191. Le juge peut-il accorder une hypothèque spéciale au créancier, à titre de sanction de la condamnation prononcée en sa faveur? Nous avons répondu d'avance à la question en établissant le principe d'ordre public qui gouverne cette matière (n° 187). Il n'appartient pas plus au juge qu'aux parties de déroger à des lois d'intérêt général, et le régime hypothécaire est une loi d'ordre social. De là suit que le juge n'a pas le droit de créer des hypothèques, pas plus spéciales que générales. On cite un arrêt de la cour de Bruxelles comme ayant implicitement reconnu ce pouvoir aux tribunaux (2). C'est par un argument *a contrario* que l'on déduit cette conséquence de l'arrêt, argumentation toujours dangereuse; tout ce qu'il y a à dire, c'est que, si telle a été la pensée de la cour, elle s'est trompée.

Autre est la question de savoir si le juge peut condamner le débiteur à constituer une hypothèque au profit du créancier. La doctrine et la jurisprudence l'admettent (3). Cela nous paraît douteux; ce ne serait pas une hypothèque conventionnelle, puisque celle-ci suppose le libre concours des parties contractantes; ce serait une hypothèque imposée

(1) Martou, t. II, p. 306, n° 698. Rapports de la commission spéciale et de la commission du sénat (Parent, p. 26 et 412). Voyez la discussion à la chambre des représentants, séances du 1er et du 3 février 1851 (Parent, p. 235 et suiv.). L'hypothèque judiciaire a été rejetée par 59 voix contre 62.

(2) Bruxelles, 7 novembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 53). En sens contraire, Martou, t. II, p. 321, n° 702, et Cloes, t. II, p. 44, n° 1007.

(3) Martou, t. II, p. 321, n° 703; Cloes, t. II, p. 44 et suiv., n° 1007. Bruxelles, 22 décembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 131).

par le juge. Aucune disposition de la loi n'autorise le juge à sanctionner ses décisions par une hypothèque qu'il forcerait le débiteur à consentir. Ce serait une hypothèque procédant indirectement du juge; or, le juge ne peut pas créer d'hypothèque (n° 182).

Il se présente encore une difficulté en cette matière. Si le débiteur a promis de constituer une hypothèque au profit de son créancier, le juge peut-il l'y contraindre et en quel sens? Nous reviendrons sur la question, au chapitre des *Hypothèques conventionnelles*.

§ III. *Quels biens peuvent être hypothéqués.*

ARTICLE 1er. Des immeubles.

N° 1. DES IMMEUBLES PAR LEUR NATURE.

192. La loi détermine les biens qui peuvent être hypothéqués; ces biens sont seuls susceptibles d'hypothèque. C'est ce que dit l'article 45. Les termes sont restrictifs. Tel est le caractère de toutes les dispositions qui concernent le régime hypothécaire, quand même la forme de la loi ne serait pas restrictive (n° 187). C'est une question d'intérêt général que de déterminer les biens qui peuvent être grevés d'hypothèques, la loi seule peut la décider. Il est donc de principe que les biens qui ne sont pas compris dans le texte ne peuvent être hypothéqués.

193. Il suit de là que les meubles ne peuvent pas être hypothéqués. En effet, l'article 45 ne comprend dans son énumération que les immeubles; ce qui est décisif. De plus la définition de l'hypothèque dit que l'hypothèque est un droit réel sur un immeuble. Pourquoi la loi ne permet-elle pas d'hypothéquer les meubles, alors qu'elle établit des priviléges mobiliers? On peut dire d'abord que la plupart des priviléges mobiliers sont généraux; le plus usuel des priviléges spéciaux, celui du bailleur, a encore un caractère de généralité; ces droits donnent une garantie au créancier, en ce sens que le mobilier qui en est grevé se renouvelle sans cesse. Or, le principe de spécialité ne permettait

pas d'hypothéquer la généralité des meubles; et les hypothèques sur certains meubles auraient offert peu de garantie, puisque le créancier n'aurait pas joui du droit de suite; l'hypothèque sans le droit de suite eût été dérisoire, par la facilité que le débiteur a d'aliéner les choses mobilières. C'est donc parce que les meubles n'ont pas de suite que le code civil et la loi belge n'ont pas admis l'hypothèque des meubles.

L'article 46 (code civil, art. 2119) reproduit le vieil adage d'après lequel « les meubles n'ont pas de suite par hypothèque ». On ne voit pas quelle est l'utilité de cette disposition. Dans l'ancien droit, l'adage avait sa raison d'être; on admettait que les meubles pouvaient être hypothéqués, mais on refusait à cette hypothèque le droit de suite (1). Le législateur moderne abolit les hypothèques mobilières; dès lors il paraît inutile de dire que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Toutefois on peut dire que cet adage complète le principe formulé par l'article 2279; en vertu de la règle qu'en fait de meubles, la possession vaut titre, le propriétaire ne peut pas revendiquer les objets mobiliers qui lui appartiennent contre un tiers possesseur de bonne foi; et le principe que les meubles n'ont pas de suite s'oppose à ce qu'un droit réel quelconque sur un objet mobilier soit exercé contre un tiers détenteur. C'est enlever aux droits réels mobiliers une partie de leur efficacité, mais c'est en même temps faciliter la libre circulation de toutes les valeurs mobilières. Nous disons, toutes les valeurs; car l'article 2119 (loi hyp., art. 46) est plus général que l'article 2279, qui ne s'applique qu'aux meubles corporels (2). Nous reviendrons sur ce point, au titre de la *Prescription*.

194. Il y a des biens immeubles qui ont été mobilisés : ce sont les rentes foncières qui, dans l'ancien droit, étaient considérées comme immeubles. La jurisprudence admet qu'elles ont été mobilisées implicitement par la loi du 11 brumaire an VII (t. XVII, n° 56). Par suite, les rentes ne

(1) Loyseau et de Ghewiet cités par Martou, t. II, p. 331, n° 772. Comparez Valette, p. 212, n° 129; Pont, t. I, p. 434, n° 414).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 112 et suiv., note 2, § 251.

peuvent plus être frappées d'hypothèques, et, d'autre part, les crédirentiers n'ont plus le droit réel immobilier dont jadis ils étaient investis. On pourrait en induire qu'ils sont sans garantie réelle aucune. C'eût été les dépouiller d'un droit acquis, et telle n'était pas l'intention du législateur. Des décrets ont comblé la lacune qui se trouvait dans les lois (1), en consacrant l'interprétation que la jurisprudence leur avait donnée (2). Il est inutile de discuter cette interprétation; les décrets ayant force de loi, tout doute a disparu.

195. Sont susceptibles d'hypothèques, d'après l'article 45 : 1°, les biens immobiliers qui sont dans le commerce. Les immeubles doivent être dans le commerce, parce que l'hypothèque sur des biens qui ne sont pas dans le commerce n'aurait aucune utilité. Si l'hypothèque est une garantie, c'est par la faculté que le créancier a de faire vendre l'immeuble hypothéqué, pour être payé sur le prix, par préférence aux créanciers chirographaires. A quoi lui servirait une hypothèque sur des biens qui ne peuvent pas être vendus? Voilà pourquoi les biens dotaux, sous le régime dotal, ne peuvent pas être hypothéqués en principe, la loi les déclarant inaliénables (art. 1554).

Les auteurs formulent le principe en d'autres termes : pour qu'un immeuble puisse être hypothéqué, il faut qu'il soit saisissable; la vente de l'immeuble hypothéqué, sur la poursuite du créancier, ne se fait pas par aliénation volontaire; elle se fait sur expropriation forcée, donc sur saisie immobilière. La formule pratique du principe est donc celle des auteurs : *Sont seuls susceptibles d'hypothèque les immeubles qui peuvent être l'objet d'une saisie immobilière, conformément aux lois de la procédure* (3). C'est pour cette raison que l'article 45 est conçu dans les mêmes termes que l'article 1er de la loi du 15 août 1854, qui porte : « Le créancier peut poursuivre l'expropriation : 1° des biens

(1) Décrets du 12 décembre 1808, art. 11; du 9 décembre 1811, art. 37; du 1er mars 1813, art. 5. Ces décrets ont été portés pour la mise en vigueur des lois françaises dans les pays réunis.
(2) Voyez les arrêts dans Aubry et Rau, t. II, p. 458, note 12, § 224 *ter*.
(3) Valette, p. 185, n° 127; Martou, t. II, p. 332, n° 714. Rejet, 10 mars 1852 (Dalloz, 1852, 2, 111).

immobiliers et de leurs accessoires réputés immeubles appartenant en propriété à son débiteur ; 2° des droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie appartenant au débiteur sur les biens de même nature. »

Par *biens immobiliers* la loi hypothécaire et la loi sur l'expropriation forcée entendent les biens que le code civil déclare immeubles par leur nature, c'est-à-dire les fonds de terre et les bâtiments. A vrai dire, les fonds de terre sont les seuls biens qui soient immeubles par leur nature; les bâtiments se composent d'objets mobiliers qui deviennent immeubles par leur incorporation au sol ; nous en parlerons en traitant des meubles immobilisés. La loi de 1854 ajoute : « appartenant en *propriété* au débiteur ». Par *propriété,* il faut entendre non-seulement la toute propriété, mais aussi la nue propriété ; la loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer, puisque la nue propriété est un immeuble qui se trouve dans le commerce et qui se saisissable.

196. On peut aussi hypothéquer des biens indivis : la validité de l'hypothèque dépendra du partage. Tant que le partage n'a pas été fait, les créanciers ne peuvent saisir la part indivise du débiteur ; le créancier qui a une hypothèque sur une part indivise doit donc commencer par provoquer le partage, et il peut toujours y intervenir pour sauvegarder ses droits. La loi du 15 août 1854 contient plusieurs dispositions dans l'intérêt des créanciers hypothécaires. Nous nous bornons à les transcrire, en renvoyant à l'excellent commentaire de Martou et Vandenkerckhove, continué par M. Waelbroeck, notre bien regretté collègue. Si l'immeuble indivis, qui est grevé d'hypothèque, est licité, et s'il est adjugé à tout autre qu'au colicitant qui a consenti l'hypothèque, le droit du créancier hypothécaire sera reporté sur la part du débiteur dans le prix. En cas de partage avec soulte, les sommes que le copartageant grevé de la soulte sera tenu de payer seront affectées aux créances hypothécaires, qui perdent ce caractère quand l'immeuble hypothéqué tombe au lot du copartageant, débiteur de la soulte envers le copartageant qui en est créancier ; la soulte représente une partie de l'immeuble, pour laquelle l'hypo-

thèque aurait été maintenue si elle avait été mise au lot de l'héritier qui avait hypothéqué sa part indivise; la loi reporte l'hypothèque sur la soulte (art. 2).

197. Il y a un cas dans lequel le propriétaire ne peut plus aliéner ni hypothéquer. La loi du 15 août 1854 porte, art. 27 : « Le débiteur ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie ou du commandement, aliéner ni hypothéquer les immeubles saisis, ou indiqués au commandement, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Comme nous serons souvent dans le cas de citer cette disposition, nous devons nous y arrêter un instant. La défense d'hypothéquer n'est pas, dans ce cas, la conséquence de la prohibition d'aliéner; l'aliénation est interdite au débiteur, parce qu'elle anéantirait la saisie, qui ne peut se suivre que contre le détenteur actuel; tandis que la constitution de l'hypothèque n'empêcherait pas de continuer la saisie, car elle ne porte aucune atteinte au droit des créanciers hypothécaires, qui conservent leur rang. Si la loi ne permet pas au saisi d'hypothéquer, ce ne peut être que dans l'intérêt des créanciers chirographaires. La loi de 1851 supprime l'hypothèque judiciaire; si l'on avait permis au saisi d'hypothéquer, il aurait pu se soustraire aux effets des jugements qui seront prononcés contre lui, en hypothéquant ses biens pendant le cours de la saisie. Voilà pourquoi le législateur belge a reporté l'incapacité d'aliéner et d'hypothéquer au jour de la transcription du commandement; tandis que, d'après le code de procédure, elle ne commençait qu'à compter de la dénonciation de la saisie. Ainsi le créancier saisissant peut frapper les biens d'inaliénabilité dès le début de la procédure, puisque le commandement précède la saisie (1).

198. La question s'est présentée de savoir si le séquestre de guerre frappe les biens d'inaliénabilité et empêche, par suite, le propriétaire d'hypothéquer. Il a été jugé que ce séquestre enlève seulement au propriétaire l'administration des biens et, par suite, la jouissance, mais elle ne suspend pas l'exercice du droit de propriété. Par

(1) Waelbroeck, *Commentaire de la loi du 15 août* 1854 (t. II, p. 261, art. 27, nos 6-8).

suite, les hypothèques consenties pendant le séquestre ont été déclarées valables (1).

199. La loi range encore parmi les immeubles par leur nature les fruits pendants par branches ou par racines; mais l'article 520 ajoute que les fruits sont meubles dès qu'ils sont coupés ou détachés. Il en est de même des coupes de bois, qui deviennent meubles au fur et à mesure que les arbres sont abattus (art. 521). Il suit de là que l'on ne peut pas hypothéquer les fruits séparément du sol; ce serait l'hypothèque d'un objet mobilier, puisque les fruits sont meubles quand on les considère, dans une convention, comme devant être détachés du sol. Les fruits ne peuvent être hypothéqués qu'avec le fonds; pour mieux dire, l'hypothèque qui grève le fonds frappe nécessairement les fruits, puisque les fruits font corps avec le fonds. Dans la théorie du code, les fruits sont plus qu'un accessoire du fonds, ils se confondent avec lui et participent de sa nature; de même que le code considère comme immeubles par leur nature les bâtiments à raison de leur incorporation au sol, et non à titre d'accessoire.

La théorie du code n'est pas exacte. Il y a une différence essentielle entre les immeubles par leur nature, c'est-à-dire les fonds de terre et les immeubles par incorporation, tels que les bâtiments et les fruits. Le sol ne cesse jamais d'être immeuble, on ne peut pas le mobiliser; donc l'hypothèque qui le grève est permanente et perpétuelle; les bâtiments, au contraire, peuvent être démolis, et les fruits sont nécessairement détachés du sol à leur maturité. Naît alors la question de savoir ce que devient l'hypothèque. La solution dépend, en partie, de l'influence que l'hypothèque a sur les droits du propriétaire de l'immeuble; nous l'examinerons plus loin.

200. La loi du 21 avril 1810 dispose que les mines sont immeubles (art. 8). C'est un immeuble par incorporation, de même que les fruits. La loi semble considérer les mines comme un immeuble par nature; il y a, en effet, sous le rapport de la classification, identité entre les mines et

(1) Liége, 19 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 434).

les fruits. Mais la propriété des mines et, par suite, l'hypothèque des mines sont soumises à des règles particulières. La loi distingue trois espèces de propriétés en cette matière : celle de la surface, celle de la mine et celle de la redevance qui est payée au propriétaire de la mine.

Les mines ne peuvent être exploitées qu'en vertu d'un acte de concession émané du gouvernement; la concession peut être accordée, soit au propriétaire, soit à un tiers. Du moment qu'une mine est concédée, même au propriétaire de la surface, elle forme une propriété immobilière distincte de celle de la surface. Il y a donc deux immeubles, l'un et l'autre susceptibles d'être hypothéqués. La surface conserve sa nature immobilière; les hypothèques établies sur le sol subsistent sur la surface, et elle peut être grevée de nouvelles hypothèques. La mine forme une propriété nouvelle, sur laquelle, dit la loi de 1810 (art. 19), de nouvelles hypothèques pourront également être assises.

Si la mine n'est pas concédée au propriétaire, celui-ci a droit à une redevance fixée par l'acte de concession. La redevance est un droit mobilier et ne peut, par conséquent, être hypothéquée séparément; mais si la surface est hypothéquée, le créancier hypothécaire exercera son droit sur la surface et sur la redevance, laquelle demeurera réunie à la valeur de ladite surface et sera affectée avec elle aux hypothèques prises par les créanciers du propriétaire (art. 6 et 18 de la loi de 1810).

201. Les dispositions que nous venons d'analyser ne parlent que des mines. Doit-on les appliquer aux carrières? L'affirmative a été jugée par la cour de Liége (1). Mais la cour n'a pas décidé que l'on doit appliquer en tout aux carrières ce que la loi de 1810 dit des mines. L'exploitation des carrières ne fait pas l'objet d'un acte de concession, comme celle des mines; par suite, elle ne crée pas trois propriétés distinctes. Tout ce que la cour de Liége dit, c'est que les carrières sont immeubles par leur nature, comme les mines le seraient, quand même la loi de 1810 ne les aurait pas déclarées immeubles. L'arrêt décide donc impli-

(1) Liége, 1er décembre 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 95).

citement que les carrières sont soumises au droit commun. De même que les mines concédées sont immobilières, les carrières concédées le sont également. Toutefois il faut remarquer que, dans l'espèce, la concession était perpétuelle, le concessionnaire prenait donc la place du propriétaire; dans ces circonstances, il est vrai de dire, avec la cour de Liége, que les carrières sont une partie intégrante du sol et que, de même qu'une mine, elles ne changent pas de nature en passant à un autre propriétaire par une concession perpétuelle.

Nº 2. DES IMMEUBLES PAR DESTINATION

202. Le code civil admet une deuxième classe d'immeubles : ce sont les immeubles par destination. Sont immeubles par destination d'abord les objets mobiliers que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, et, en second lieu, les effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure (art. 524). La loi hypothécaire ne parle pas des immeubles par destination, mais elle contient une disposition générale qui s'y applique : « L'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles. » Ces mots *accessoires réputés immeubles* sont généraux; ils comprennent les objets mobiliers attachés à un fonds, soit par destination agricole ou industrielle, soit à perpétuelle demeure. Si la loi les qualifie d'immeubles, c'est précisément parce qu'ils forment des accessoires d'une exploitation immobilière, ou que le propriétaire les a attachés au fonds comme un accessoire perpétuel. La loi dit que l'hypothèque s'*étend* à ces accessoires, pour marquer que les immeubles par destination ne peuvent pas être hypothéqués séparément du fonds; ce qui, du reste, est d'évidence, car, séparés du fonds, ces objets ne sont plus des immeubles. La rédaction de la loi nouvelle pourrait faire naître un autre doute chez les personnes étrangères au droit. L'hypothèque *acquise*, dit l'article 45, s'*étend* aux accessoires immobiliers. Cela veut dire, à la lettre, que l'hypothèque, après avoir été constituée, s'étend aux accessoires qui sont attachés posté-

rieurement à l'immeuble; ce qui semblerait exclure les accessoires déjà immobilisés lors de la constitution de l'hypothèque. On a fait ce mauvais raisonnement devant les tribunaux; il va sans dire que les juges n'en ont tenu aucun compte. Le principal comprend nécessairement les accessoires; on ne conçoit même pas qu'il y ait une exploitation agricole sans l'un ou l'autre des objets mobiliers que l'article 524 énumère, les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences, etc.; de même que l'on ne conçoit pas d'exploitation industrielle sans machines ou appareils. Quant aux effets mobiliers immobilisés par perpétuelle demeure, il est d'évidence que le propriétaire qui les a attachés au fonds à perpétuité a entendu les hypothéquer avec le fonds. Il n'est donc pas nécessaire que l'acte énumère ces accessoires, ils sont compris de droit dans l'hypothèque du fonds, lequel n'existerait pas sans les objets mobiliers nécessaires à son exploitation. Si l'acte énumère quelques-uns des accessoires, il ne faut pas en induire que les autres ne sont pas compris dans l'hypothèque de l'héritage; l'argument *a contrario* n'est jamais plus déplacé qu'en cette matière, puisqu'il est en opposition avec la nature des choses autant qu'avec les principes (1).

N° 3. DES AMÉLIORATIONS.

203. L'article 45 ajoute que l'hypothèque s'étend aux *améliorations* survenues à l'immeuble hypothéqué. Que faut-il entendre par *améliorations?* C'est la reproduction de l'article 2133 du code civil. Lors de la discussion du projet de code, un membre du conseil d'Etat demanda si par ce mot il fallait entendre les accroissements considérables qui s'opèrent par l'alluvion, ou lorsqu'un fleuve change de lit. Treilhard fit une assez mauvaise réponse, en distinguant entre l'accroissement insensible produit par l'alluvion et l'accroissement qui constitue un fonds nouveau

(1) Bruxelles, 20 juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 39). Comparez Rejet, 11 avril 1833 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 800; Pont, t. I, p. 400, n°s 374 et 375.

et distinct du premier. Tronchet rétablit les vrais principes. L'amélioration est un accessoire ; au deuxième livre du code il est dit quelles choses sont accessoires; toutes s'identifient avec la chose principale, le fonds, et sont, par conséquent, frappées des charges dont le fonds est grevé (1). Les améliorations sont donc régies par le principe de l'accession : forment-elles des accessoires, elles sont comprises dans l'hypothèque de la chose principale; ne forment-elles pas un accessoire, elles ne sont pas soumises à l'hypothèque. Tel est le principe; les applications sont faciles, malgré les controverses que l'on a élevées.

204. Tout le monde est d'accord sur les alluvions, même Treilhard; et cependant il se peut qu'il en résulte un accroissement très-considérable et formant un fonds nouveau et distinct du premier. Mais qu'importe? Ce n'est pas l'étendue de l'amélioration qui détermine l'extension de l'hypothèque aux accessions qui la procurent, c'est la qualité d'accessoires qui est décisive : faible ou importante, l'amélioration suit le principal à titre d'accessoire (article 556).

Que faut-il dire quand un fleuve enlève par une force subite une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain et le porte vers un autre champ? C'est cette hypothèse que Treilhard semblait avoir en vue. Toutefois il faut décider, contrairement à son avis, que l'hypothèque frappera le champ que l'action des eaux a annexé à l'héritage hypothéqué ; si le propriétaire en profite, c'est par un effet de l'accession ; or, l'accessoire, en étendant le fonds, étend nécessairement l'hypothèque qui le grève.

Il en est de même des îles, et par identité de raison. Sur ce point il y a cependant controverse. Un auteur que nous aimons à suivre, Martou, enseigne que l'hypothèque ne s'étend pas à l'île, parce que l'île forme un fonds nouveau, parfaitement distinct de celui qui est hypothéqué. Cela n'est pas exact; c'est parce que le riverain est propriétaire du

(1) Séance du 5 ventôse an XII, n° 12 (Locré, t. VIII, p. 205). M. Lelièvre s'est exprimé dans le même sens : « L'expression *améliorations* doit être entendue dans le sens le plus large et s'applique à *tout ce qui s'unit à l'immeuble par accession* (Rapport, dans Parent, p. 130).

lit qu'il devient propriétaire de l'île; l'île n'est donc pas un fonds nouveau qu'il acquiert, c'est une dépendance, une accession du fonds hypothéqué; et, à ce titre, l'île est comprise dans l'immeuble, aussi bien que l'alluvion. La plupart des auteurs se sont prononcés en ce sens (1).

205. L'article 563 prévoit un cas où il y a doute. Un fleuve abandonne son ancien lit, lequel devient la propriété de ceux dont les fonds sont nouvellement occupés par le fleuve. On demande si l'ancien lit sera grevé d'hypothèque au profit des créanciers hypothécaires. Ici le texte et l'esprit de la loi s'opposent à l'extension de l'hypothèque. Le code civil attribue le nouveau lit aux propriétaires dont les fonds sont envahis par le fleuve, non à titre d'accession, mais à titre d'*indemnité;* et l'indemnité est une créance personnelle que la loi accorde par des considérations d'équité; or, l'extension de l'hypothèque à des fonds qui viennent accroître et améliorer le fonds hypothéqué n'a d'autre raison d'être que le principe de l'accession; ce qui décide déjà notre question. D'un autre côté, le lit de l'ancien fleuve constitue réellement une propriété différente qui n'était pas frappée par l'inscription primitive; il faudrait donc une inscription nouvelle et, par conséquent, une convention nouvelle; ce qui nous place hors du cas prévu par l'article 45 (code civil, art. 2133). La question est cependant controversée (2).

206. Le principe concernant les *améliorations* s'applique-t-il aussi aux améliorations qui procèdent de travaux faits par le propriétaire du fonds hypothéqué? A notre avis, l'affirmative n'est pas douteuse; si l'on admet le principe, il faut aussi admettre les conséquences qui en découlent. Le mot *améliorations* se dit des impenses utiles faites pour augmenter la valeur du fonds; c'est dans ce sens que l'article 102 (code civil, art. 2175) emploie cette expression, précisément dans un cas où les créanciers hypothécaires exercent leur droit sur les améliorations procurées au fonds par le tiers détenteur. Ces améliorations consistent en tra-

(1) Pont, t. I, p. 426, et les auteurs qu'il cite.

(2) Voyez, en sens divers, Martou, t. II, p. 337, n° 728, et Pont, t. I, p. 426, n° 406, et les auteurs qu'il cite.

vaux de plantation, de réparations, de reconstructions et de constructions nouvelles. Ce n'est que sur ce dernier point qu'il y a un dissentiment parmi les auteurs; cette controverse, comme bien d'autres, n'aurait pas pris naissance si les interprètes restaient fidèles aux principes et ne venaient pas invoquer l'équité là où le droit doit seul décider. Or, les principes ne laissent aucun doute. Y a-t-il une ombre de différence entre une construction sur un fonds non bâti et une reconstruction plus ou moins étendue que la première? Au nom de l'équité, on pourrait demander, dans l'intérêt des créanciers chirographaires, qu'on leur attribuât la plus-value résultant des travaux, puisque les dépenses sont payées sur le patrimoine qui est leur gage; mais les créanciers personnels sont sans droit, tandis que le droit est pour les créanciers hypothécaires. Tous les travaux, quels qu'ils soient, constituent une amélioration et profitent, par conséquent, aux créanciers à titre d'accessoire. La tradition est en ce sens; ce qui lèverait tout doute, s'il y en avait. Loyseau appelle les constructions nouvelles de grosses réparations (1); dans le langage ordinaire, cela n'est pas exact, et, même dans le langage juridique, c'est forcer le sens des mots que d'appeler réparations des ouvrages nouveaux qui améliorent le fonds. Mieux vaut s'en tenir au principe de l'accession. La jurisprudence est en ce sens (2), ainsi que la doctrine (3).

Le principe que l'hypothèque s'étend aux améliorations suppose que les travaux ont été faits par le débiteur. S'ils ont été faits par un tiers détenteur, celui-ci a droit à une indemnité contre les créanciers hypothécaires qui le poursuivent (art. 103; code civil, art. 2175). Et alors même que le débiteur a amélioré le fonds par des travaux quelconques, si le constructeur ou l'ouvrier a, de ce chef, un

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, titre VI, chap. VIII, nos 9 et 10.

(2) Gand, 6 juillet 1841 (*Pasicrisie*, 1843, 2, 96), et les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1350. Ajoutez Grenoble, 28 juin 1858 (Dalloz, 1859, 2, 191). Il y a un arrêt contraire de la cour de Paris, rendu dans le cas du privilége du vendeur, ce qui a peut-être entraîné la cour; il est, en effet, peu équitable que le vendeur étende son privilége sur des valeurs qu'il n'a pas mises dans le patrimoine de l'acquéreur; mais le droit domine l'équité (Paris, 6 mars 1834, Dalloz, n° 472, 1°).

(3) Voyez les citations dans Pont, t. I, p. 429, nos 409 et 410.

privilége, le créancier privilégié l'emporte sur les créanciers hypothécaires jusqu'à concurrence de la plus-value qui résultait des travaux. Nous renvoyons à ce qui a été dit du privilége de l'architecte.

207. Le principe de l'accession ne serait plus applicable si le propriétaire de l'immeuble hypothéqué y annexait des terrains contigus dont il ferait l'acquisition pour étendre son domaine, quand même il s'agirait d'un enclos et quand même le fonds hypothéqué s'en trouverait amélioré. Ici c'est le cas de dire, avec Treilhard, que le fonds nouvellement acquis est un héritage distinct de celui qui a été donné en hypothèque; on ne peut plus invoquer l'accession, car un fonds n'est pas l'accessoire de l'autre. Le principe de la spécialité des hypothèques s'oppose également à ce qu'un fonds non compris dans l'inscription soit grevé d'hypothèque sans une inscription et, partant, sans une convention nouvelle. Nous n'insistons pas, parce que tout le monde est d'accord (1).

208. Il y a un dernier cas d'accession qu'il est difficile de considérer comme une amélioration. Une hypothèque est constituée sur la nue propriété; l'usufruit vient à s'éteindre par la consolidation, c'est-à-dire par la réunion sur la même tête des qualités de propriétaire et d'usufruitier : est-ce que, dans ce cas, l'hypothèque portera sur la toute propriété? On admet l'affirmative, parce que l'on considère l'usufruit comme l'accessoire de là propriété. Cela est de tradition; toutefois il y a doute, à notre avis. L'usufruit n'est pas un accessoire de la nue propriété, les deux droits sont parfaitement distincts, l'un et l'autre peuvent être hypothéqués; celui qui hypothèque la nue propriété hypothèque une propriété démembrée, il n'hypothèque pas l'usufruit, qu'il n'a pas le droit d'hypothéquer. De quel droit le créancier hypothécaire viendrait-il enlever aux créanciers chirographaires la valeur de la jouissance qui ne lui a pas été donnée en hypothèque? Le droit d'accession est hors de cause; la jouissance est un attribut de la toute propriété, elle n'est pas un attribut, ni un accessoire de la nue pro-

(1) Duranton, t. XIX, p. 382, n° 259, et tous les auteurs. Comparez l'arrêt de Gand, cité note 2, p. 182.

priété. Il suit de là que le créancier hypothécaire ne pourra exercer son droit de préférence que sur la partie du prix qui représente la valeur de la nue propriété (1).

Quand c'est l'usufruit qui a été hypothéqué et que la nue propriété est acquise par l'usufruitier, tout le monde s'accorde à dire que l'hypothèque ne frappera pas la toute propriété, parce que la nue propriété ne saurait être considérée comme l'accessoire de la jouissance. Une autre difficulté s'élève dans ce cas : l'hypothèque de l'usufruit n'est-elle pas éteinte quand l'usufruit s'éteint par la consolidation? Nous allons examiner la question en traitant de l'hypothèque concédée sur les droits réels immobiliers.

ARTICLE 2. Des droits réels immobiliers.

209. L'article 45 distingue deux catégories de biens, seuls susceptibles d'hypothèques : « 1° les biens immobiliers qui sont dans le commerce; 2° les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie établis sur les mêmes biens pendant la durée de ces droits. » Le n° 1 comprend les biens immeubles par leur nature, et implicitement les accessoires immobiliers; le n° 2 concerne les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, d'après la terminologie du code civil. L'article 526 ne les mentionne pas tous; comme nous allons le dire, il n'y a que certains droits réels immobiliers qui peuvent être hypothéqués.

Tel est d'abord l'usufruit des choses immobilières. L'usufruit peut être vendu, aux termes de l'article 595, ou cédé à titre gratuit; étant aliénable, il est par cela même susceptible d'être hypothéqué. La loi dit que le *droit d'usufruit* peut être hypothéqué, parce que l'usufruit d'un immeuble est considéré comme un immeuble. L'usufruitier ne peut pas hypothéquer l'immeuble grevé d'usufruit, l'immeuble appartient au nu propriétaire, et celui-ci a seul le droit de l'hypothéquer. La constitution de l'usufruit a pour effet de démembrer l'immeuble; la jouissance et la nue propriété forment deux propriétés distinctes, chacune immobilière, et par conséquent chacune susceptible d'être hypothéquée.

(1) En sens contraire, Duranton, t. XIX, p. 386, n° 265, et tous les auteurs.

Ces deux hypothèques diffèrent. Celle de la nue propriété est perpétuelle comme la propriété, tandis que l'hypothèque de l'usufruit est temporaire, comme le droit d'usufruit (t. VI, nos 474 et 475; t. VII, no 36).

209 *bis*. L'usufruit peut être établi par convention, par testament ou par la loi. Il n'y a aucune difficulté pour l'usufruit conventionnel ou testamentaire : c'est l'usufruit proprement dit. Il y a un usufruit légal, celui que les père et mère ont sur les biens de leurs enfants mineurs (art. 579 et 384). Peut-il être aliéné et hypothéqué? La négative est généralement admise. Il y a cependant quelque doute, si l'on s'en tient au texte. La loi qualifie d'usufruit la jouissance légale des père et mère, et elle dit en termes généraux que l'usufruitier peut aliéner ou céder son droit. Cela paraît décisif. Est-il permis de distinguer là où la loi ne distingue pas? On répond que la distinction résulte de la nature de l'usufruit que la loi donne aux père et mère; cette jouissance est liée étroitement à l'administration des biens que la loi confie au père, comme un attribut, disons mieux, comme une obligation inhérente à la puissance paternelle; or, il est évident que le père ne peut pas se décharger d'un devoir; si donc on lui permettait d'aliéner son usufruit et de l'hypothéquer, il serait toujours tenu d'administrer les biens dont il aurait vendu ou hypothéqué la jouissance; et comment concilier cette obligation avec le droit qu'a le cessionnaire de jouir par lui-même? De plus, la jouissance légale du père est soumise à certaines charges : entre autres, la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants suivant leur fortune. Cette charge passerait-elle au cessionnaire? Cela se comprend difficilement, puisqu'il s'agit d'un attribut et d'un devoir de la puissance paternelle. Le père ne peut pas céder une obligation qui lui incombe en cette qualité. Et comment remplirait-il la charge d'élever ses enfants conformément à leur fortune, s'il aliénait les revenus des enfants? Il y a une dernière considération qui explique le système de la loi, telle qu'on l'interprète généralement. L'enfant est très-intéressé à ce que le père conserve la jouissance, non-seulement comme moyen de remplir la

charge de l'éducation, mais encore comme garantie d'une bonne jouissance; un cessionnaire jouirait dans son intérêt personnel, trop souvent en opposition avec l'intérêt de l'enfant, tandis que le père aura en vue l'intérêt de l'enfant plus que le sien (1).

210. Ces motifs ont certes une grande puissance. Mais, il faut l'avouer, ils sont à l'adresse du législateur plutôt que de l'interprète. Il y a lacune dans le code, la doctrine l'a comblée, en tenant compte de l'esprit de la loi : elle a établi une exception qu'il ne lui appartient pas de créer. Il en est de même de l'usufruit qui appartient au mari sur les biens de la femme sous le régime de la communauté, sous le régime d'exclusion de la communauté, et sous le régime dotal. Nous avons dit ailleurs que cette jouissance a les caractères de l'usufruit; c'est un usufruit conventionnel plutôt que légal, puisqu'il résulte des conventions matrimoniales expresses ou tacites des époux. Dans l'opinion générale, le mari ne peut aliéner ni hypothéquer sa jouissance. On donne des motifs analogues à ceux que nous venons d'exposer (n° 209). L'usufruit des biens de la femme est une dot que la femme apporte au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage (art. 1540). C'est donc une charge en même temps qu'un droit; et comment le mari remplirait-il la charge s'il aliène les fruits et revenus qui lui sont accordés pour la remplir? On ne peut guère scinder une jouissance qui, en réalité, est une charge autant qu'un droit. Sous le régime de la communauté, cela est très-vrai, car l'usufruit appartient, non au mari, mais à la communauté. Il n'en est pas de même des régimes sous lesquels les intérêts des époux sont séparés; les économies que le mari fait sur les revenus de la femme deviennent sa propriété. Mais il est toujours vrai de dire que, dans l'esprit de la loi, la dot doit être employée aux charges du mariage, et que l'on ne conçoit guère l'aliénation d'une jouissance qui est essentiellement une charge (2). Toutefois le législateur aurait dû le dire.

211. Le propriétaire peut-il hypothéquer l'usufruit des

(1) Comparez Martou, t. II, p. 341, n° 736; Pont, t. I, p. 404, n° 379.
(2) Duranton, t. IV, p. 431, n° 486. Pont, t. I, p. 406, n° 380.

biens dont il a la pleine propriété? On admet généralement qu'il le peut. Il y a cependant un doute. La loi définit l'usufruit le droit de jouir des choses *dont un autre a la propriété*. On ne peut donc pas dire que le propriétaire est usufruitier, l'usufruit de sa propre chose ne se conçoit pas : *res sua nemini servit*. Cela est vrai d'après la subtilité du droit. Mais ne peut-on pas dire que le propriétaire est libre de détacher de son droit l'un ou l'autre attribut, et que ce droit de disposition est absolu (art. 544)? S'il peut détacher l'usufruit en l'aliénant, pourquoi ne le pourrait-il pas en l'hypothéquant? Du propriétaire on ne peut pas dire qu'il n'a pas ce droit parce que la loi ne le lui donne pas; il faut dire, au contraire, qu'il a le droit de faire tout ce que la loi ne lui défend pas (1). On dira que le propriétaire ne peut pas faire l'impossible, et qu'il est impossible d'avoir une servitude sur sa propre chose. Nous répondons que le propriétaire a le droit de jouir de la manière la plus absolue, que ce droit il peut le céder; s'il peut le céder pour le tout en l'aliénant, pourquoi ne pourrait-il le céder partiellement, en l'hypothéquant pour la durée de sa vie?

212. L'usufruit est un droit temporaire; l'hypothèque qui le grève s'éteint quand l'usufruit prend fin. C'est ce que dit l'article 45 : l'usufruit ne peut être hypothéqué que pendant le temps de sa durée. L'application du principe souffre une difficulté dans le cas où l'usufruit s'éteint par la volonté de l'usufruitier, sa renonciation, par exemple, ou par la vente qu'il ferait de l'usufruit au nu propriétaire. On enseigne généralement que l'hypothèque subsiste parce qu'il ne peut pas dépendre du débiteur d'anéantir le droit qu'il a concédé au créancier. L'argument n'est pas décisif; en effet, la loi prévoit le cas où l'immeuble hypothéqué périt par le fait du débiteur, elle décide que, dans ce cas, le créancier a le droit de réclamer le remboursement de sa créance (art. 79; code civil, art. 2131). Après tout, quand la chose hypothéquée n'existe plus, l'hypothèque ne peut pas subsister. Ici est le vrai nœud de la difficulté : l'usu-

(1) Pont, t. I, p. 406, nº 381. En sens contraire, Martou, t. II, p. 341, nº 735.

fruit existe-t-il encore quand l'usufruitier renonce à son droit ou l'aliène? Le texte de la loi répond à la question. L'article 617 dispose que l'usufruit est éteint; donc la chose hypothéquée n'existe plus. On objecte que, dans notre opinion, et c'est l'opinion générale, le propriétaire peut concéder une hypothèque sur sa jouissance, on ne peut donc pas dire que cette jouissance n'existe plus quand l'usufruit se réunit à la nue propriété. C'est mal raisonner, nous semble-t-il. Sans doute, le propriétaire peut hypothéquer sa jouissance, mais il ne l'a pas fait; c'est un usufruitier qui a hypothéqué son usufruit. On ne peut pas opposer au propriétaire une concession qui lui est étrangère; on ne peut pas dire que l'usufruitier a le droit de grever d'une hypothèque la jouissance du propriétaire (1).

213. Les droits d'usage et d'habitation ont une grande analogie avec l'usufruit. Néanmoins ils ne peuvent pas être hypothéqués. Il y a un argument décisif dans le silence de la loi; l'article 45 dit que sont *seuls* susceptibles d'hypothèque les biens qu'il énumère, et il ne parle pas de l'usage et de l'habitation; ces droits ne peuvent donc pas être hypothéqués. La raison en est simple : aux termes des articles 631 et 634, les droits d'usage et d'habitation ne peuvent être cédés; étant inaliénables, ils sont par cela même non susceptibles d'hypothèque.

Il en est de même des servitudes; elles ne sont pas comprises dans l'article 45, par suite elles ne peuvent être hypothéquées. En droit, cela s'explique : les servitudes, en tant qu'elles constituent un droit, sont une qualité de l'héritage au profit duquel elles sont établies, et on ne peut pas détacher d'un fonds une qualité qui lui est inhérente. A quoi servirait l'hypothèque d'un droit qui ne peut être utile qu'au propriétaire du fonds dominant? Il est vrai qu'il y a des servitudes rurales qui pourraient être utiles aux voisins du propriétaire qui les exerce; mais cela ne suffit pas, dans notre droit, pour qu'elles puissent faire l'objet d'une expropriation. La vente forcée se fait aux enchères;

(1) Comparez Martou, t. II, p. 340, n° 734. En sens contraire, Duranton, t. XIX, p. 384, n° 262, et tous les auteurs.

et comment mettre aux enchères un droit qui ne peut pas être acheté par tous les enchérisseurs (1)?

214. Les droits d'emphytéose et de superficie peuvent être hypothéqués pendant la durée de ces droits (art. 45). Il y a même raison de décider que pour l'usufruit, et l'hypothèque a le même objet. Nous insistons sur ce dernier point, quelque élémentaire qu'il soit. L'usufruitier hypothèque, non l'immeuble dont il a la jouissance, mais le droit qu'il a d'en jouir (n° 209). De même l'emphytéote hypothèque non pas le fonds qu'il tient à bail, mais le droit d'emphytéose (t. VIII, n°s 374 et 392). Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Bruxelles (2). L'erreur est certaine, car l'emphytéote ne peut hypothéquer que ce qui lui appartient; or, le fonds qu'il tient à bail ne lui appartient pas, c'est le bailleur qui en est propriétaire et qui seul a le droit de l'hypothéquer (t. VIII, n° 374). Cela est aussi vrai du superficiaire; quoiqu'il ait fait les constructions à ses frais et qu'il en ait le quasi-domaine, il ne peut les hypothéquer parce qu'il n'est pas propriétaire du sol, et on ne conçoit pas l'hypothèque d'une construction sans l'hypothèque du terrain sur lequel elle est assise (t. VIII, nos 420 et 427). L'emphytéote et le superficiaire peuvent hypothéquer leurs droits, parce que ces droits sont immobiliers.

215. Nous rappelons ces principes élémentaires parce qu'ils vont nous aider à décider une question très-controversée, celle de savoir si le locataire peut hypothéquer. Un premier point est certain, c'est que le preneur ne peut pas hypothéquer son droit de bail, parce que c'est un droit mobilier, une créance contre le bailleur. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre du *Louage*. Autre est la question de savoir si le locataire peut hypothéquer les constructions qu'il a élevées pendant la durée du bail. La négative n'est point douteuse, dans l'opinion que nous avons enseignée sur la nature du droit qui appartient au locataire sur les constructions qu'il a faites. Pour qu'il y

(1) Valette, p. 190, n° 128, II. Martou, t. II, p. 343, n° 740.
(2) Bruxelles, 14 mai 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 122).

ait difficulté, il faut supposer que le bail donne au preneur le droit de construire et lui attribue la propriété des bâtiments pendant la durée du contrat. Quelle est la nature de ce droit? Nous avons enseigné que c'est un droit mobilier, ce qui décide la question (t. V, n° 415). Mais notre opinion est à peu près isolée. Il faut donc nous arrêter à la conséquence qui en résulte, en ce qui concerne l'hypothèque. Le locataire ne peut hypothéquer que les constructions qui lui appartiennent; il ne peut pas hypothéquer le sol, dont il n'a pas la propriété. La difficulté se réduit donc à ceci : peut-on hypothéquer la superficie sans le sol? Ce que nous venons de dire du superficiaire répond à la question; il a un droit réel dans la chose, on lui reconnaît un quasi-domaine, et néanmoins il ne peut pas hypothéquer les constructions qu'il fait. La raison en est que ces constructions ne sont pas immeubles; si la superficie est considérée comme immeuble par sa nature, c'est parce qu'elle s'incorpore au sol avec lequel elle se confond. Cela suppose que le sol appartient à celui qui a fait la construction; dans ce cas, l'incorporation et l'immobilisation se comprennent, tandis qu'on ne les conçoit plus lorsque le sol n'appartient pas au superficiaire. L'hypothèque concédée par le locataire ne pouvant frapper que la superficie serait l'hypothèque d'une chose mobilière; car la superficie détachée du sol est meuble, et dans l'hypothèque que le locataire établirait sur la superficie, la superficie est nécessairement considérée comme indépendante du sol, puisque le sol ne lui appartient pas (1).

216. La jurisprudence est contraire, ainsi que la doctrine. Nous avons discuté la question de principe ailleurs; il nous reste à constater la jurisprudence la plus récente; elle est toujours dans le même sens. La cour de cassation invoque l'article 518, d'après lequel les bâtiments sont, comme les fonds de terre, immeubles par leur nature, et aucune disposition de la loi ne leur fait perdre ce caractère et ne leur attribue la qualité de meubles lorsqu'ils ont été

(1) En sens contraire, Pont, t. I, p. 378 et suiv., n° 359, et les autorités qu'il cite.

construits par un autre que par le propriétaire du sol (1). Voilà ce que l'on peut appeler une interprétation mécanique, qui ne tient compte de rien que de la lettre de la loi. Nous professons un grand respect pour le texte, et nous le prêchons en toute occasion à ceux qui sont appelés à interpréter les lois; mais aussi nous ne séparons pas la lettre de l'esprit, et nous cherchons toujours la raison des choses. Or, malgré le texte de l'article 518, tout le monde reconnaît que les bâtiments ne sont pas immeubles par leur nature, qu'ils ne le sont que par l'effet de l'incorporation; donc dès que les bâtiments ne sont plus considérés comme faisant corps avec le fonds, ils cessent d'être immeubles et ils reprennent la nature mobilière des matériaux dont se compose la construction. Est-ce qu'il est dit dans la loi que la vente d'une maison pour être démolie est une vente mobilière? Non; ce qui n'empêche pas que cela soit admis par tout le monde. Il faut donc laisser là le texte et consulter les principes. Or, les principes disent tout le contraire de ce que la cour de cassation fait dire au texte. Il importe beaucoup de savoir par qui les bâtiments sont construits. Le sont-ils par un superficiaire, il ne peut plus être question d'une incorporation au sol, juridiquement parlant. Sans doute, il y a incorporation matérielle; le maçon dira qu'il y a un immeuble; le jurisconsulte, au contraire, dira que là où la superficie appartient à un locataire, l'hypothèque consentie par le locataire ne pourrait comprendre que la superficie, séparée du sol, que le locataire n'a pas le droit d'hypothéquer; donc si le maçon dit que l'hypothèque porte sur un immeuble parce que tout bâtiment est un immeuble, le jurisconsulte dira que l'hypothèque constituée sur une superficie, sans l'être sur le sol, est établie sur une chose mobilière. C'est dire que la superficie ne peut pas être hypothéquée séparément du sol.

La cour de Paris s'est prononcée dans le même sens. Tout bâtiment, dit-elle, est nécessairement un immeuble;

(1) Lyon, 18 mars 1871, et Rejet, 13 février 1872 (Dalloz, 1871, 2, 191, et 1872, 1, 256). En sens contraire, Bruxelles, 16 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p 297).

il s'agit seulement de savoir qui peut l'hypothéquer, le propriétaire ou le locataire. Ce sont les termes du bail qui décident cette question; et, dans l'espèce, le contrat portait que les constructions élevées par le locataire demeureraient sa propriété (1). Ce qui paraît déterminer la cour et, en général, les juges du fait, c'est l'importance des constructions que les locataires font dans un bail industriel; ces valeurs qu'ils créent ne doivent-elles pas leur donner un crédit immobilier? L'équité, sans doute, l'exigerait, si l'on ne tient compte que des intérêts des créanciers hypothécaires; mais la masse chirographaire a également ses intérêts, et ne sont-ce pas ces derniers intérêts qui doivent l'emporter, quand il s'agit des rapports d'un locataire avec des tiers? Après tout, la question doit se décider, non d'après les intérêts qui sont engagés dans ce débat, mais d'après les principes de droit.

Il y a une hypothèse dans laquelle la jurisprudence est d'accord avec notre opinion. Le bail porte que le preneur est obligé d'élever, dans le délai d'un an, des constructions déterminées par l'acte, et qu'à l'expiration du bail elles appartiendront au bailleur sans indemnité. Dans ce cas, le preneur n'a qu'un simple droit de jouissance sur les bâtiments comme sur le sol, et il va de soi qu'il ne peut hypothéquer des biens qui ne lui appartiennent pas (2).

Dans le silence du bail, il s'élève d'autres difficultés sur les constructions que le preneur fait : quels sont les droits et les obligations des parties contractantes à raison de ces constructions? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre du *Louage* (t. XXV, n°s 175-185).

217. Il se présente une question analogue pour les constructions élevées sur un terrain qui dépend du domaine public, avec l'autorisation expresse ou tacite du gouvernement. Dans notre opinion, ces constructions sont mobi-

(1) Paris, 23 février 1872 (Dalloz, 1874, 2, 21). Comparez Paris, 30 mai 1864 (Dalloz, 1866, 2, 174). La question s'est présentée devant la cour de cassation de Belgique; la cour s'est bornée à décider qu'en admettant que le locataire ait un droit immobilier dans les constructions qu'il fait, ce droit est résoluble et ne donne au créancier hypothécaire qu'un droit résoluble (Rejet, 5 novembre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 67).

(2) Rejet, 9 juin 1873 (Dalloz, 1874, 1, 410).

lières, et par conséquent elles ne peuvent être hypothéquées (t. V, n° 418) (1). Ici l'incorporation est légalement impossible, car si elle se faisait, la construction ferait partie du domaine public comme le sol, et dès lors il ne pourrait être question de l'hypothéquer; mais l'incorporation ne peut pas se faire, car il n'appartient pas à des particuliers de créer un domaine public, cela est contradictoire dans les termes. A vrai dire, il ne peut être question de droit de propriété dans l'espèce, puisque la construction est de pure tolérance, et la tolérance ne donne aucun droit.

Cependant il a été jugé que le locataire d'un terrain faisant partie du domaine communal, et placé hors du commerce par sa destination publique, pouvait hypothéquer la construction qu'il y avait élevée avec l'autorisation de la municipalité. L'arrêt de la cour d'Orléans, qui adopte les motifs des premiers juges, est très-faiblement motivé. Ce n'est pas donner des motifs que de citer des articles du code Napoléon, sans dire un mot des difficultés dont le tribunal ne paraît avoir aucun soupçon (2). De pareilles décisions ne sont pas faites pour donner crédit à la jurisprudence; elles ne fournissent certes aucun appui à l'opinion que nous combattons.

218. L'hypothèque est aussi un droit immobilier, dans l'opinion que nous avons enseignée, pour mieux dire, d'après le texte de notre loi hypothécaire (n° 174). Dans l'ancien droit, on admettait, conformément au droit romain, que l'hypothèque pouvait être hypothéquée. Voici en quel sens. Celui qui avait stipulé une hypothèque pareille exerçait en sous-ordre les droits attribués au créancier hypothécaire qui avait constitué l'hypothèque. Cette collocation en sous-ordre n'est pas admise par nos lois de procédure. Dès lors l'hypothèque de l'hypothèque n'a pas de raison d'être. D'ailleurs le silence de l'article 45 suffit pour la rejeter (3).

Autre est la question de savoir si le créancier hypothé-

(1) En sens contraire, Pont, t. I, p. 371, n° 350.
(2) Orléans, 19 avril 1866 (Dalloz, 1866, 2, 94).
(3) Pont, t. I, p. 415, n° 394. Valette, p. 206, 3e question.

caire peut céder son droit de préférence sans la créance à laquelle il est attaché. La difficulté se présente surtout pour l'hypothèque légale de la femme. Nous l'examinerons plus loin.

219. L'article 526 range encore parmi les immeubles, par l'objet auquel elles s'appliquent, les actions immobilières. Elles ne sont pas comprises dans l'énumération de l'article 45 (code civil, art. 2118), ce qui suffit pour décider la question de savoir si l'on peut hypothéquer une action tendant à faire mettre un immeuble dans le patrimoine de celui auquel elle appartient. L'hypothèque d'une action n'aurait offert aucune utilité, car elle aurait porté sur un droit que le créancier ne pourrait exercer qu'après l'avoir poursuivi en justice, c'est-à-dire sur un droit litigieux; or, l'hypothèque a pour objet de donner au créancier une garantie certaine, portant sur un objet dont le débiteur est propriétaire. Il était d'ailleurs inutile de permettre l'hypothèque d'une action, puisque celui qui a une action en nullité, en rescision ou en résolution concernant un immeuble, peut hypothéquer directement l'immeuble : la validité de l'hypothèque dépendra de l'issue de l'action (1). Nous reviendrons sur ce point, au chapitre des *Hypothèques conventionnelles*.

220. Les concessions que le gouvernement fait d'un chemin de fer, d'un canal, d'un pont, donnent-elles au concessionnaire le droit d'hypothéquer soit la route ferrée, le canal ou le pont, soit les péages à percevoir, soit le droit en vertu duquel ils sont perçus? La négative est certaine à tous égards; il suffit que les concessions ne soient pas comprises dans le texte de l'article 45, pour qu'elles ne soient pas susceptibles d'hypothèque (2). En théorie, la question de savoir quelle est la valeur de ces concessions est très-douteuse. C'est un droit d'un caractère particulier qu'il est impossible de classer parmi les droits dont parle le code civil, car, lors de la publication du code civil, on

(1) Valette, p. 204, II, et tous les auteurs. Rejet, 14 avril 1847 (Dalloz, 1847, 1, 217).

(2) Nîmes, 2 août 1847 (Dalloz, 1848, 2, 41). Rejet, chambre civile, 20 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 308).

ne connaissait guère les concessions : les grands travaux exécutés par des concessionnaires leur étaient d'ordinaire attribués à titre de propriété. Ce qui prouve que les droits des concessionnaires ne sont pas des droits mobiliers, dans le sens traditionnel du mot, c'est qu'il y a des lois qui autorisent à hypothéquer le revenu des chemins de fer concédés. La cour de Nîmes dit que c'est une exception à la règle. Il est difficile de parler d'exception dans une matière où l'on ne sait pas quelle est la règle. C'est une lacune que le législateur seul peut combler. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur les concessions, au titre de la *Propriété* (t. VI, n°s 29-35).

§ IV. *Effet de l'hypothèque sur les droits du propriétaire.*

N° 1. PRINCIPE.

221. Nous avons dit que l'hypothèque est un démembrement de la propriété (n° 174). Ce qui caractérise le droit de propriété, c'est qu'il est absolu : le propriétaire a le droit de disposer et de jouir de sa chose, de la manière la plus illimitée, pourvu qu'il n'en fasse pas un usage prohibé par la loi (art. 544). Il faut ajouter : pourvu qu'il ne lèse pas les droits des tiers. Ce droit absolu est restreint par la concession d'une hypothèque; le propriétaire affecte l'immeuble à l'acquittement d'une obligation; il ne peut donc rien faire qui diminue cette garantie. Entre le débiteur et le créancier, cela est d'évidence, car c'est le droit commun (art. 79; code civil, art. 2131). Mais la garantie hypothécaire est, de son essence, une garantie réelle; elle serait illusoire si le créancier n'avait pas le droit de suite; elle serait encore illusoire si la propriété était seulement limitée à l'égard du débiteur; par cela même que l'hypothèque donne le droit de suite, le créancier doit avoir contre le tiers détenteur le droit qu'il a contre le débiteur; le tiers détenteur n'a qu'une propriété démembrée, son droit est limité par celui du créancier hypothécaire, il ne peut donc rien faire qui altère ce droit. C'est ce que le code dit, au chapitre qui traite du droit de suite (art. 2175; loi hyp.

art. 103). Ainsi le démembrement de la propriété résultant de l'hypothèque a un caractère absolu, il existe à l'égard de tous : c'est dire qu'il constitue un droit réel immobilier au profit du créancier hypothécaire.

222. Il y a donc des actes de disposition, de jouissance et d'administration qu'un propriétaire peut faire et que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut pas faire, par cela seul qu'ils nuiraient au créancier hypothécaire. Cette limitation du droit de propriété a un lien étroit avec une autre question, celle de savoir ce que devient l'hypothèque portant sur des objets mobiliers immobilisés, quand le débiteur les mobilise par son fait. Le créancier hypothécaire conserve-t-il son droit sur les objets qui cessent d'être immeubles? A-t-il, de ce chef, un droit contre le débiteur? Peut-il agir contre le tiers acquéreur? Ces questions ne sont pas sans difficulté; nous allons les examiner en traitant des restrictions du droit de propriété qui résultent de l'hypothèque, en faveur des créanciers hypothécaires.

N° 2. DES ACTES DE DISPOSITION.

223. Le droit de disposer est l'attribut essentiel de la propriété. On entend par là le droit d'aliéner. Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué conserve-t-il le pouvoir de le vendre? En principe, oui, puisque l'aliénation ne cause aucun préjudice au créancier hypothécaire; il est armé du droit de suite, qui lui donne contre les tiers le même droit qu'il a contre le débiteur. Toutefois, il se peut que le droit du créancier soit lésé par l'effet de l'aliénation; nous avons examiné les difficultés que la question présente, en traitant de la déchéance du terme (t. XVIII, n°s 206-208).

224. La faculté de disposer de la manière la plus absolue, que la loi reconnaît au propriétaire, implique encore un autre droit, celui de modifier la chose, de la détruire même; c'est ce qu'on appelle le droit d'*abuser* que l'usufruitier n'a point, par opposition au propriétaire (art. 578). Tout fait d'abus anéantit ou diminue la garantie que l'hypothèque est destinée à offrir au créancier, puisque la va-

leur de la chose en sera d'autant moindre, et c'est cette valeur qui constitue la sûreté que le créancier hypothécaire trouve dans l'hypothèque (loi hyp., art. 79; code civil, art. 2131).

En abusant, le débiteur fait ce qu'il n'a point le droit de faire; par cela même le créancier hypothécaire doit avoir le droit de s'y opposer, en recourant à la justice; car la justice a pour mission de prêter main-forte à ceux dont les droits sont violés, en maintenant ces droits contre les atteintes qui y sont portées. La loi donne au créancier le droit de réclamer le remboursement de sa créance, si les immeubles hypothéqués ont péri ou ont éprouvé des dégradations par le fait du débiteur; nous reviendrons sur ce point, en expliquant l'article 79 (code civil, art. 2131). Mais le créancier n'est pas obligé de demander la résolution du contrat; il peut aussi en exiger l'exécution et, par conséquent, s'opposer à ce que le débiteur dégrade les biens hypothéqués. Ce droit ne saurait être contesté (1). Jusqu'où va l'exercice de ce droit?

225. Si le propriétaire démolit lui-même le bâtiment hypothéqué, le créancier hypothécaire a action contre lui, pour qu'il lui soit fait défense de continuer la démolition et pour faire replacer les matériaux déjà détachés de l'édifice. Tant que le débat est concentré entre le débiteur et le créancier, il n'y a aucune difficulté, puisqu'il s'agit de l'exécution d'un contrat (2). Alors même que l'immeuble hypothéqué serait possédé par un tiers détenteur, le créancier aurait encore action contre lui, puisque le droit du tiers détenteur est limité, comme l'est celui du débiteur (art. 103; code civil, art. 2175). La question ne devient douteuse que lorsque le débiteur a aliéné les matériaux provenant de la démolition, ou quand il a vendu la maison pour être démolie. Dans la première hypothèse, on applique le droit commun. Le tiers possesseur de bonne foi est à l'abri de toute action en revendication et de toute action réelle; il peut repousser le créancier par l'exception de l'article 46

(1) Valette, p. 223 et suiv, Aubry et Rau, t. III, p. 427 et suiv., § 286.
(2) Comparez Rejet, 9 août 1825 (Dalloz, au mot *Biens*, n° 53).

(code civil, art. 2119), à savoir que les meubles n'ont point de suite par hypothèque; et il ne peut pas s'agir d'une revendication, puisque le créancier hypothécaire n'est point propriétaire (1). Mais si le tiers possesseur était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il avait acheté sciemment des objets mobiliers provenant d'un bâtiment hypothéqué, le créancier aurait-il une action contre lui? D'action hypothécaire, il n'en a pas, puisque les objets mobiliers détachés du fonds cessent d'être immeubles, et il ne peut pas y avoir d'action hypothécaire à raison d'objets mobiliers. D'action personnelle naissant du contrat, le créancier n'en a pas non plus, puisqu'il n'y a aucun lien d'obligation entre lui et le tiers acquéreur. Il ne resterait que l'action naissant d'un délit, en supposant que le fait dommageable présentât les caractères d'un délit civil.

226. Si le débiteur a vendu la maison pour être démolie, la difficulté se complique. Un premier point nous paraît certain, c'est que le créancier hypothécaire peut s'opposer à la démolition, sans que le tiers acheteur puisse se prévaloir de son contrat. Il est vrai que la vente d'un bâtiment pour être démoli est une vente mobilière, mais cela n'est vrai qu'entre les parties contractantes, car la mobilisation résulte d'un contrat, et les conventions ne peuvent être opposées aux tiers; donc, tant que le bâtiment subsiste, il reste frappé de l'hypothèque, et par conséquent le créancier peut agir en vertu de son droit hypothécaire; la démolition portant atteinte à son droit, il peut exercer tous les actes conservatoires (t. V, n° 432).

Si la démolition se fait sans que le créancier s'y soit opposé, quel sera son droit? Il ne peut exercer son droit hypothécaire contre le tiers possesseur, parce qu'il n'a plus de droit sur les immeubles devenus meubles; son hypothèque, de ce chef, est éteinte; et d'action en revendication, il ne peut en avoir, puisqu'il n'est pas propriétaire. On peut seulement demander s'il a une action sur le prix, en supposant qu'il reste dû. En principe, il faut répondre négativement. Les effets mobiliers séparés du sol cessent

(1) Valette, p. 225, 5°. Rejet, 9 août 1825 (Dalloz, au mot *Biens*, n° 53).

d'être immeubles; ils ne sont donc plus frappés de l'hypothèque; le créancier n'ayant pas d'action hypothécaire, on ne voit pas en vertu de quel droit il agirait sur le prix d'une chose sur laquelle il n'a aucun droit (1). Mais l'article 45 ne déroge-t-il pas à ces principes? La loi hypothécaire donne au créancier action sur le prix des coupes de bois que le débiteur fait de bonne foi, d'après l'usage des lieux; n'en faut-il pas conclure que le créancier a action, à plus forte raison, quand le débiteur agit sans droit, comme dans notre espèce? Nous allons examiner la question, en traitant des actes de jouissance que le propriétaire de l'immeuble hypothéqué peut faire (n° 230).

N° 3. DES ACTES DE JOUISSANCE.

227. Le propriétaire qui hypothèque un immeuble conserve le droit d'en jouir. Cette jouissance ne compromet point, en général, le droit du créancier hypothécaire, et le débiteur peut faire ce qui ne nuit pas au créancier. Mais son droit de jouissance n'est plus absolu, comme l'est le droit du propriétaire dont la propriété n'est pas démembrée (art. 544); il est limité par le droit du créancier hypothécaire, de sorte que, quoique propriétaire, le débiteur ne peut plus faire un acte de jouissance qui nuise au créancier. Il suit de là que le débiteur ne peut plus abuser; abuser, ce n'est pas jouir, c'est disposer, et le débiteur ne peut disposer de la chose au préjudice du créancier. On ne peut pas même poser en principe qu'il conserve le droit de jouir en bon père de famille, car il y a des actes de bonne jouissance qui peuvent diminuer la valeur de la chose hypothéquée, ce qui, au point de vue du créancier, serait une dégradation de la chose; or, le débiteur ne peut, par son fait, diminuer les sûretés du créancier (art. 79; code civil, art. 2131). Tel serait le défrichement d'un bois; la surface boisée est d'une grande valeur, elle faisait partie de l'hypothèque stipulée par le créancier; c'est donc dégrader la

(1) Valette, p. 220, 2°. En sens contraire, Rejet, 4 février 1817 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1501).

chose que de convertir un bois en une terre de labour, quoique, au point de vue du propriétaire, ce puisse être un acte de bonne gestion.

Quels seront, dans ce cas, les droits des créanciers hypothécaires? Il faut appliquer, par analogie, ce que nous avons dit de la démolition du bâtiment hypothéqué. Le débiteur fait, dans l'un et l'autre cas, ce qu'il n'a pas le droit de faire. Donc le créancier peut s'y opposer, et il y a le plus grand intérêt; car, si le défrichement s'opère, le créancier n'a aucune action contre les tiers acheteurs. Ici encore on applique ce que nous avons dit de la démolition d'une construction et de la vente des matériaux. Du moment que les arbres sont détachés du sol, ils cessent d'être immeubles, donc l'hypothèque s'éteint; et le créancier n'a contre les tiers ni action en revendication ni droit de suite, car il n'a jamais été propriétaire, et son hypothèque ne s'exerce pas sur des objets mobiliers. Il ne pourrait avoir contre les tiers que l'action qui naît d'un délit. Contre le débiteur il aurait l'action en remboursement de la créance en vertu de l'article 79 (code civil, art. 2131).

228. Il y a des actes de jouissance que le débiteur a le droit de faire. Les fruits sont destinés à être recueillis; en hypothéquant l'immeuble, le débiteur n'entend pas s'interdire la faculté de jouir des fruits. D'ordinaire cette jouissance ne cause aucun préjudice au créancier; s'il agit contre le débiteur, alors que les fruits sont pendants par branches ou par racines, il profitera des fruits, puisqu'ils font partie de l'immeuble hypothéqué; et la saisie les immobilise. La loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée pourvoit aux intérêts des créanciers; elle dispose que les créanciers peuvent procéder à la vente des fruits pendants par racines; le prix est déposé dans la caisse des consignations pour être distribué avec le prix des immeubles par ordre d'hypothèque. Quant aux fruits recueillis par le saisi postérieurement à l'exploit de saisie, ils sont immobilisés, ainsi que le prix qui en proviendra, pour être distribués par ordre d'hypothèque avec le prix des immeubles (art. 22 et 23).

229. Tant que les créanciers ne saisissent pas les im-

meubles hypothéqués, le débiteur perçoit les fruits; et, une fois détachés du sol, les créanciers n'y ont plus aucun droit, puisque les fruits sont devenus meubles; les créanciers n'ont aucune action ni contre le propriétaire, qui a fait ce qu'il avait le droit de faire, ni contre les tiers acheteurs, parce que son droit hypothécaire est éteint. Que faut-il décider si le propriétaire vend les fruits sur pied? L'article 45 prévoit le cas où le propriétaire vend une coupe de bois; il décide que « le créancier hypothécaire sera tenu de respecter les ventes de coupes *ordinaires* de *taillis* et de *futaie* faites de *bonne foi*, d'après l'*usage des lieux*, sauf à exercer son droit sur le *prix non payé* ». Pour que les créanciers soient tenus de respecter les coupes faites par le débiteur, il faut d'abord que ce soient des coupes *ordinaires;* ces coupes sont un acte de jouissance, et le propriétaire a le droit de jouir des fruits; sans doute, s'il ne faisait pas de coupes, la surface boisée augmenterait de valeur; mais il ne s'est pas obligé à accroître la valeur du fonds hypothéqué, il est seulement tenu de ne pas le dégrader. Ce serait une dégradation si, au lieu d'une coupe ordinaire, le débiteur faisait une coupe extraordinaire, car cette coupe ne représente plus les fruits de l'immeuble, c'est une partie du fonds; il faut donc appliquer aux coupes extraordinaires ce que nous venons de dire des actes d'abus (n° 227) (1). La loi veut ensuite que la coupe soit faite de *bonne foi*. La mauvaise foi ou le dol donnent au créancier l'action paulienne; c'est le droit commun; le débiteur ne peut jamais frauder ses créanciers, alors même qu'il fait ce que, comme propriétaire, il a le droit de faire. Si la vente n'est pas consommée par la coupe des arbres, les créanciers la feront annuler; quand les arbres sont coupés, ils ont action sur le prix qui serait dû; si le prix est payé, ils peuvent agir contre le débiteur en remboursement de la créance et contre le tiers, complice de la fraude, en vertu de l'article 1382. Il faut qu'il y ait fraude de la part des tiers pour que les créanciers puissent agir en nullité. Si les

(1) Paris, 26 août 1809 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 793).

tiers sont de bonne foi, les créanciers n'ont d'action qu'en vertu de l'article 79 (code civil, art. 2131).

L'article 45 suppose une vente de *taillis* ou de *futaie*, et il veut qu'elle soit faite d'après l'usage des lieux. Faut-il distinguer entre la futaie et la haute futaie? Cette distinction détermine les droits de l'usufruitier; et sous l'empire du code civil, on l'appliquait aussi au propriétaire de l'immeuble hypothéqué, en ce sens que la haute futaie n'est pas un fruit, mais une partie du fonds; de sorte qu'une vente de haute futaie n'est pas un acte de jouissance, c'est un acte de disposition, et comme elle diminue la valeur du fonds, elle constitue, à l'égard du créancier hypothécaire, un acte d'abus ou de dégradation (1). L'article 45 consacre implicitement ces principes, car, en déterminant quelles sont les coupes de bois que les créanciers doivent respecter, il décide qu'ils ne sont pas tenus de respecter les autres : dire qu'ils ne peuvent pas attaquer les ventes de bois taillis et de futaie, c'est leur permettre d'attaquer les ventes de haute futaie. Objectera-t-on que c'est argumenter du silence de la loi? Nous répondons que la distinction qui résulte du silence de la loi est en harmonie avec les principes et avec la tradition; ce qui est décisif. La loi ajoute même une restriction pour ce qui concerne les ventes de taillis et de futaie : il faut qu'elles soient faites d'après l'*usage des lieux* pour que les créanciers soient obligés de les respecter. En matière d'usufruit, la loi a égard à l'aménagement et à l'usage constant des propriétaires (art. 590). Ces règles ne sont pas applicables au débiteur, qui est plus qu'usufruitier, il est propriétaire; il peut donc tirer de son fonds la jouissance qu'en retirent généralement les propriétaires; dans ces limites, il use de son droit, et, par suite, les créanciers doivent respecter ce qu'il fait. C'est pour ce motif que la loi veut que le propriétaire se conforme à l'usage des lieux.

230. Alors même que le propriétaire a fait une vente dans ces conditions, les créanciers peuvent exercer leur droit sur le prix non payé. Cette disposition s'explique dif-

(1) Pont, t. I, p. 381, n° 364, et les autorités qu'il cite.

ficilement. Quand les créanciers hypothécaires ont un droit sur le prix, la raison en est que le prix tient lieu de la chose qui leur était hypothéquée; c'est une subrogation réelle. Mais, dans l'espèce, les créanciers n'avaient pas de droit sur les coupes, puisque le débiteur les a faites dans les limites de son droit; la loi oblige les créanciers à respecter la vente, c'est bien dire que les créanciers n'avaient aucun droit sur les coupes vendues; dès lors ils ne peuvent avoir de droit sur le prix. La subrogation réelle que la loi établit en faveur des créanciers hypothécaires porte atteinte aux droits des créanciers chirographaires; le prix est chose mobilière, et devrait, par conséquent, profiter à ceux qui ont pour gage le mobilier du débiteur. On ne peut s'expliquer cette dérogation aux principes qu'en supposant que l'action hypothécaire est intentée au moment où les arbres sont encore sur pied; dans cette hypothèse, on comprend que la vente soit maintenue, puisque le débiteur avait le droit de la faire et que les créanciers hypothécaires profitent néanmoins du prix, puisque les arbres vendus font encore corps avec le sol. Mais la loi va plus loin; elle est conçue en termes généraux, et s'applique, par conséquent, au cas où la coupe est déjà faite; il n'y a plus de raison, dans ce cas, pour enlever aux créanciers chirographaires une créance qui est devenue leur gage.

La disposition concernant le droit au prix étant exceptionnelle, en faut-il conclure qu'on ne peut l'étendre par voie d'analogie? A la rigueur, oui; mais il en résulterait des anomalies choquantes. Ainsi il faudrait dire que l'article 45 ne serait pas applicable à la vente d'une récolte sur pied, bien que l'hypothèse soit identique avec celle que la loi prévoit, les récoltes et les coupes de bois étant des fruits, et tous les fruits sont régis par les mêmes principes. Si l'on applique l'article 45 aux fruits, il faut aller plus loin et l'appliquer à tous les cas où le propriétaire mobilise des objets immobiliers en les vendant. Il n'y a pas même à distinguer si le débiteur a agi dans la limite de son droit, ou s'il y a abus; car si les créanciers hypothécaires peuvent exercer leur action sur le prix quand le débiteur fait un acte qu'il avait le droit de faire, à plus forte raison doit-on

les admettre à réclamer le prix quand la chose vendue faisait partie de l'immeuble hypothéqué et qu'elle n'en a été détachée que par un abus de jouissance. Le débiteur vend une maison hypothéquée pour être démolie, ou il vend des objets mobiliers immobilisés par destination : dans ce cas, il viole le droit du créancier hypothécaire; il est naturel que la loi subroge le prix à la chose qui était hypothéquée. Il faut donc considérer la disposition de l'article 45 comme une règle applicable à tous les cas où le débiteur, en mobilisant, avec ou sans droit, une partie de la chose hypothéquée, en a diminué la valeur; le prix qui reste dû au moment où les créanciers agissent sera subrogé à la chose. Il est difficile de justifier cette doctrine au point de vue des principes, car les exceptions ne s'étendent pas, et la subrogation légale est aussi de stricte interprétation. Mais la loi l'emporte sur les principes; or, l'article 45 ne paraît pas considérer le droit au prix comme une faveur exceptionnelle, c'est plutôt une règle qu'une exception ; il faut, par conséquent, l'appliquer à tous les cas qui peuvent se présenter. Le rapport de la commission spéciale est conçu en ce sens (1).

231. Les mêmes principes reçoivent leur application aux fruits. Il a toujours été admis que les fruits ne sont frappés par l'hypothèque qu'aussi longtemps qu'ils sont attachés au sol. La loi de messidor an III en avait une disposition formelle; elle disait que l'hypothèque portait sur la propriété des biens territoriaux, ensemble sur les fruits *non recueillis* et les bois non coupés. Les fruits et les arbres détachés du sol deviennent meubles, et, par suite, ils échappent à l'action des créanciers hypothécaires. Il faut aller plus loin, et c'est aussi ce que l'on a toujours enseigné : les fruits deviennent meubles non-seulement quand ils sont séparés du sol, mais aussi quand le propriétaire les vend. Cette vente suffit pour soustraire les fruits à l'action des créanciers hypothécaires, parce qu'ils doivent respecter tous les actes de jouissance que le débiteur a le droit de faire. La doctrine et la jurisprudence française sont en ce

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 37 et suiv.).

sens (1), et la loi hypothécaire a consacré l'opinion traditionnelle en l'appliquant aux coupes de bois. Il n'y a qu'une différence, qui résulte de la nature des choses, c'est que tous les fruits sont destinés à être recueillis par le possesseur ; donc le propriétaire y a droit sans distinction aucune, soit qu'il les recueille lui-même, soit qu'il les vende ; la distinction des bois de futaie et de haute futaie est étrangère aux autres fruits. Les créanciers n'acquièrent de droit sur les fruits que lorsqu'ils saisissent l'immeuble. L'article 23 de la loi du 15 août 1854 porte : « Les fruits naturels et industriels recueillis par le saisi, postérieurement à l'exploit de saisie, ou le prix qui en proviendra, seront immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble. « Et, aux termes de l'article 22, les créanciers peuvent se faire autoriser à vendre aux enchères les fruits pendants par racines ; le prix en est déposé dans la caisse des consignations, pour être distribué, avec le prix des immeubles, par ordre d'hypothèque.

232. Faut-il appliquer aux immeubles par destination les principes qui régissent les fruits et les coupes de bois? Il y a une différence qui résulte de la nature des choses. Les effets mobiliers que le propriétaire immobilise par destination deviennent des dépendances de l'immeuble ; ils sont compris dans l'hypothèque du fonds s'ils y étaient attachés au moment où l'hypothèque a pris naissance, et elle s'y étend si le propriétaire les y attache postérieurement. Les meubles immobilisés ne sont pas destinés à être vendus. Lors donc que le débiteur les détache du fonds, il diminue la valeur de l'immeuble hypothéqué. En a-t-il le droit? Il est difficile de faire une réponse absolue, puisque le droit du propriétaire de l'immeuble hypothéqué se détermine par la conséquence qui résulte de l'exercice du droit : nuit-il aux créanciers hypothécaires, l'acte est nul à leur égard, tandis qu'il est valable s'il ne leur cause aucun préjudice. La question est donc de fait plutôt que de droit. Si le propriétaire d'une fabrique en détache une machine pour la remplacer par une autre, il fait certes ce qu'il a le droit

(1) Pont, t. I, p. 379, nos 362 et 363, et les arrêts qu'il cite.

de faire, et il ne cause aucun préjudice aux créanciers hypothécaires; on suppose naturellement qu'il a agi de bonne foi et en bon père de famille; dès qu'il agit de mauvaise foi et qu'il lèse les créanciers, il est sans droit, il dégrade, et on lui applique les principes qui régissent la jouissance abusive (n°s 227 et 230).

Il y a un arrêt de la cour de Liége en ce sens. Un fabricant vend une machine d'une valeur de 3,500 francs; le créancier hypothécaire actionne l'acheteur. Il a été jugé que celui-ci était de mauvaise foi, parce qu'il savait que la machine était soumise à l'hypothèque qui grevait l'immeuble auquel la machine était attachée. En conséquence, la cour a condamné le tiers acheteur à payer la valeur de la machine au créancier hypothécaire, en déclarant le débiteur déchu du bénéfice du terme pour avoir, par son fait, diminué les sûretés conventionnelles qu'il avait accordées au créancier. La décision, en ce qui concerne le tiers acheteur, n'est pas motivée; l'arrêt se borne à constater la mauvaise foi (1). C'est l'application des principes que nous avons posés; le créancier hypothécaire n'a ni revendication, ni droit de suite; car il n'est pas propriétaire, et son hypothèque sur la machine s'éteint dès qu'elle cesse d'être immeuble par destination. La seule action qu'il puisse avoir contre le tiers acheteur découle du délit de celui-ci; c'est pour cela que la cour se borne à constater la mauvaise foi, seulement elle aurait dû ajouter en vertu de quelle action le créancier peut réclamer de l'acheteur la valeur de la machine.

233. Si, dans cette hypothèse, les machines vendues ne sont pas encore détachées du fonds, qui l'emportera dans le conflit entre le créancier hypothécaire et l'acheteur? Il faut appliquer le principe que la vente ne peut être opposée au créancier (n° 226). Vainement l'acheteur dirait-il que la vente seule mobilise les immeubles par destination : cela est vrai entre les parties, cela n'est pas vrai à l'égard du créancier hypothécaire qui a un droit réel dans la chose, droit qu'il conserve tant que la chose est

(1) Liége, 13 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 388).

attachée au fonds. Or, la vente ne la détache pas du fonds, elle la mobilise seulement entre parties; et la convention qui lie les parties est étrangère aux tiers créanciers hypothécaires. Il n'y a pas même à distinguer si le tiers acheteur est de bonne ou de mauvaise foi; sa bonne foi n'est prise en considération que lorsqu'il est mis en possession de la chose (n° 226). On doit aller plus loin et décider que le créancier hypothécaire peut faire tous les actes conservatoires de son droit; s'opposer, par conséquent, à ce que la machine vendue soit détachée de la fabrique, et même la saisir entre les mains du vendeur pour la faire replacer dans l'usine. Il ne faut pas perdre de vue que le créancier a un droit dans la chose et que le débiteur, par un acte illégitime, veut la lui enlever; la justice doit son appui à celui qui a un droit contre celui qui viole ce droit. Seulement la justice n'a pas le pouvoir de tout faire. Ici il y a un doute; le créancier hypothécaire ne pourrait pas saisir la machine entre les mains du tiers acheteur; pourquoi lui permet-on de la saisir entre les mains du vendeur? C'est que le tiers ne peut pas invoquer la possession; les choses sont encore entières, en ce sens qu'elles peuvent être rétablies dans leur premier état, et tel est le droit strict du créancier (1).

234. L'application de ces principes donne lieu à une difficulté. On suppose que le propriétaire d'une usine qui, lors de la constitution de l'hypothèque, exploitait lui-même le fonds, le donne à bail et vend au preneur les objets mobiliers immobilisés par destination industrielle. Le preneur, devenu propriétaire du matériel d'exploitation, peut-il opposer son droit de propriété aux créanciers hypothécaires? Non, à notre avis. Les ustensiles attachés à l'usine n'en ont pas été détachés, à l'égard des tiers, par la vente faite au preneur, car elle n'a d'effet qu'entre les parties (2). On objecte, et ceci est le motif de douter, que le preneur est possesseur du matériel qui sert à exploiter l'usine; nous répondons que s'il est possesseur, c'est uniquement en vertu de la vente qui lui a été consentie, les ustensiles

(1) Comparez Pont, t. I, p. 439, n° 419, et les autorités qu'il cite.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 428 et suiv., et note 11, § 286.

n'ont pas été déplacés, le matériel n'a jamais cessé d'être employé au roulement de l'usine; si d'immeuble par destination il est devenu meuble par la vente, c'est uniquement en vertu d'une convention qui ne lie point les tiers. Dans l'espèce, la possession participe du caractère conventionnel de la propriété; à l'égard du vendeur, l'acheteur possède, il ne possède pas à l'égard des créanciers; donc ceux-ci conservent leur droit. C'est, dit-on, sacrifier l'acheteur au créancier hypothécaire. Cela est vrai; les principes le veulent, et l'équité n'est pas contraire, car le droit des créanciers hypothécaires était antérieur et public; s'ils le perdaient par une vente qu'ils ignorent, ils seraient dépouillés sans avoir pu sauvegarder leurs intérêts (1).

Il en serait autrement si le matériel avait été vendu à un tiers et livré à l'acheteur (2). Les créanciers hypothécaires peuvent s'opposer au déplacement (n° 227); s'ils ne l'ont pas fait, ils n'ont pas d'action contre le tiers acquéreur. Il y a un arrêt contraire de la cour de Paris. La cour a donné une action au créancier hypothécaire contre l'acheteur; ce qui suppose que le droit d'hypothèque subsiste sur les immeubles mobilisés; or, la nature des choses et la loi ne permettent pas qu'il y ait un droit immobilier sur des meubles. Il est inutile d'insister sur ce point, en renouvelant la critique de Valette (3). Ce qui a trompé la cour, c'est qu'il paraît contraire à toute justice que le débiteur puisse priver le créancier du droit qui appartient à celui-ci sur les meubles immobilisés. Sans doute le créancier ne peut pas être dépouillé d'une garantie sous la condition de laquelle il a traité. Mais reste à savoir contre qui il a action. Il n'en a aucune contre le tiers possesseur, puisque son droit hypothécaire est éteint. Le tiers possesseur ne pourrait être recherché qu'à raison d'un délit (n° 226). La seule action qui appartienne au créancier hypothécaire est celle que lui ouvre l'article 79 (code civil, art. 2131) en remboursement de sa créance; cette garantie

(1) Comparez Paris, 3 avril 1875 (Dalloz, 1876, 2, 239), et Rejet, 20 décembre 1875 (Dalloz, 1876, 1, 343).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 429, et note 12, § 286.
(3) Valette, p. 225, 6°, suivi par Pont, t. I, p. 401, n° 376.

peut être insuffisante, mais ce n'est pas une raison pour ouvrir au créancier contre le tiers acquéreur une action à laquelle tous les principes s'opposent.

Si le prix était encore dû, le créancier aurait-il une action de ce chef? D'après les principes du code civil, non. Dans notre opinion, l'article 45 serait applicable à la vente des immeubles par destination (n° 230). On peut invoquer, en faveur du créancier, un argument *a fortiori*. S'il a droit au prix quand il s'agit d'une vente de fruits, c'est-à-dire d'objets immobiliers destinés à être mobilisés, à plus forte raison doit-il avoir ce droit quand il s'agit d'objets mobiliers qui ont été immobilisés dans un esprit de perpétuité. Dans ce dernier cas, on peut dire que la garantie hypothécaire du créancier est diminuée par le fait du débiteur ; il est donc juste que la loi vienne à son secours. L'intérêt du tiers acquéreur n'est pas en cause, car peu lui importe s'il paye son prix au créancier hypothécaire ou au vendeur. Le conflit existe donc entre le créancier hypothécaire et les créanciers chirographaires; et dans ce conflit, la préférence est due au premier, car il avait un droit réel sur les objets immobilisés; par cela même les créanciers chirographaires n'ont pas pu compter sur la valeur des meubles immobilisés; ils ne sont donc pas lésés si l'on attribue au créancier hypothécaire la valeur d'une partie de son gage. Le droit sur le prix ne fait que réaliser la garantie hypothécaire pour la partie de l'immeuble qui a été mobilisée.

N° 4. DES ACTES D'ADMINISTRATION (1).

235. Le propriétaire de l'immeuble hypothéqué peut-il le donner à bail? Cette question, très-controversée sous l'empire du code civil, est décidée par l'article 45 en ces termes : « Les baux contractés de bonne foi après la constitution de l'hypothèque seront aussi respectés; toutefois, s'ils sont faits pour un terme qui excède neuf ans, la durée en sera réduite conformément à l'article 1429. » Il suit de là que les actes d'administration sont régis par le même

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 429, et les arrêts qu'ils citent, note 13, § 286.

principe que les actes de jouissance (nº 227). Le propriétaire conserve le droit d'administrer, comme il conserve le droit de jouir; mais l'administration, de même que la jouissance, pourrait être nuisible aux créanciers hypothécaires; et dès qu'un acte quelconque cause un préjudice au créancier, le débiteur n'a pas le droit de le faire. Reste à préciser dans quels cas les actes d'administration concernant l'immeuble hypothéqué, c'est-à-dire les baux, sont préjudiciables aux créanciers.

236. La loi ne répond à la question que pour ce qui concerne la durée des baux; elle décide que le débiteur ne peut faire que des baux de neuf ans; c'est la durée ordinaire des baux d'immeubles, et la loi veut que les créanciers respectent les actes d'administration ordinaire auxquels ils doivent s'attendre et auxquels ils ont même intérêt, car ils sont intéressés à ce que le fonds hypothéqué soit donné à bail à un preneur soigneux et capable; c'est pour eux une garantie de conservation. L'article 45 ajoute cependant une condition, c'est que le bail soit fait de bonne foi. Un bail, même fait pour la durée ordinaire de neuf ans, pourrait être consenti en fraude des créanciers, à la veille, par exemple, de l'action qu'ils vont intenter; tout bail, dans ce cas, leur serait préjudiciable, puisqu'il entraverait la vente, en la rendant moins avantageuse; et dès qu'un acte est fait en fraude des créanciers, ceux-ci peuvent l'attaquer. Mais ils ne peuvent agir que par l'action paulienne, ce qui implique que le preneur doit être complice de la fraude.

Le propriétaire ne peut pas faire un bail qui dépasse neuf ans. Nous venons d'en dire la raison. Un long bail n'est pas un acte d'administration ordinaire; les créanciers ne peuvent pas s'y attendre, et ils sont intéressés à ce qu'il ne se fasse point. C'est donc parce qu'un bail à long terme peut être préjudiciable aux créanciers que la loi limite le droit du propriétaire. On donne une autre raison dans une doctrine que nous allons rencontrer et combattre. Le bail qui dépasse neuf ans, dit-on, est un acte de disposition; or, le créancier hypothécaire, ayant un droit dans la chose, la suit entre les mains de tout tiers détenteur;

l'acquéreur ne peut pas lui opposer son droit de propriété; à plus forte raison le créancier l'emporte-t-il sur le preneur. Cette doctrine est en opposition avec les principes, et nous dirons plus loin qu'elle n'a pas d'appui dans notre loi hypothécaire. Le bail n'est jamais un acte de disposition, puisqu'il ne donne au preneur qu'un droit de créance; le bailleur ne démembre donc pas la propriété, il la conserve dans toute sa plénitude. Seulement il y a des incapables ou des administrateurs qui ne peuvent consentir qu'un bail de neuf ans (art. 1718), non pas parce qu'un bail de plus de neuf ans est un acte de disposition, mais parce qu'un long bail compromettrait les intérêts du propriétaire. C'est donc une question de préjudice. Voilà pourquoi la loi n'annule pas les baux de plus de neuf ans que fait le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, elle en réduit seulement la durée de manière qu'ils ne soient pas préjudiciables aux créanciers. Les baux qui dépassent neuf ans sont réduits à cette durée; cela concilie tous les intérêts, celui du propriétaire qui conserve le droit de jouir et d'administrer; celui du preneur, qui peut compter sur la durée ordinaire d'un bail, et celui des créanciers hypothécaires, qui doivent s'attendre à un bail ordinaire.

237. Les baux de plus de neuf ans sont réductibles, alors même qu'ils auraient été transcrits. Il ne faut pas confondre le bail fait par le propriétaire postérieurement à la constatation de l'hypothèque et les baux qui sont faits avant que l'immeuble soit hypothéqué. Cette dernière hypothèse est celle de l'article 1er de notre loi hypothécaire. La loi veut que les baux qui dépassent neuf ans soient transcrits pour qu'ils puissent être opposés aux tiers acquéreurs ou aux tiers créanciers qui traiteront avec le propriétaire du bien donné à bail; les tiers doivent être avertis de l'existence des baux à long terme; c'est dans leur intérêt que le législateur prescrit la publicité des baux par la voie de la transcription. Autre est l'hypothèse de l'article 45. Il ne s'agit plus de prévenir les tiers de ce que le propriétaire fera; il y a des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble : le débiteur peut-il faire des baux à leur préjudice? Telle est la question que l'article 45 résout; il

maintient les baux de neuf ans, il réduit les baux qui dépassent cette durée; peu importe que ces longs baux soient rendus publics par la transcription; la publicité, dans l'espèce, est indifférente; quoique transcrits, les baux n'en sont pas moins préjudiciables aux créanciers hypothécaires, ceux-ci doivent donc avoir le droit d'en demander la réduction. La discussion de la loi hypothécaire ne laisse aucun doute sur ce point, comme nous allons le dire.

238. L'article 45 ne prévoit pas le cas où le bail contient une quittance anticipative de loyers. Que faut-il induire du silence de la loi? A notre avis, il en faut conclure que cette clause et, par conséquent, la quittance peuvent être opposées aux créanciers hypothécaires, sauf à ceux-ci à prouver que le débiteur a agi en fraude de leurs droits. En d'autres mots, le cas des payements anticipatifs n'ayant pas été prévu par la loi, il reste sous l'empire du droit commun. La question a été décidée en sens contraire par notre cour de cassation (1), et les auteurs qui ont écrit sur notre loi hypothécaire enseignent la même doctrine (2). Il faut donc nous arrêter à la difficulté et voir d'abord s'il est vrai qu'il y a silence de la loi, puis nous examinerons quel est le droit commun en cette matière.

La cour de cassation dit que la question est décidée par l'article 1er de la loi hypothécaire, combiné avec l'article 41. Aux termes de l'article 1er, les baux doivent être transcrits quand ils excèdent neuf années, ou qu'ils contiennent une quittance d'au moins trois années de loyers. De là la cour conclut que ces deux catégories de baux sont assimilées par la loi à des actes translatifs de propriété, lesquels sont seuls, en principe, assujettis à la transcription. Faire un bail de plus de neuf ans, ou un bail contenant, comme dans l'espèce, quittance de tous les loyers, c'est faire un acte d'aliénation; or, les actes d'aliénation faits par le débiteur qui a hypothéqué l'immeuble ne peuvent pas être

(1) Rejet, 30 novembre 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 51). Il y a un jugement en sens contraire du tribunal de Liége du 20 juin 1854 (*Jurisprudence des tribunaux*, de Cloes et Bonjean, t. IV, p. 18).

(2) Martou, t. II, p. 116, nº 117. Comparez Cloes, t. I, p. 38, nº 65, et t. II, p. 84, nºs 1065 et suiv.

opposés au créancier hypothécaire, celui-ci étant armé contre le tiers de son droit de suite.

Nous contestons le principe qui sert de point de départ à la cour de cassation : le bail n'est jamais un acte d'aliénation (n° 236). Que le bailleur n'aliène ni la propriété, ni un démembrement de la propriété, cela est d'évidence, puisqu'il ne transmet pas de droit réel au preneur. Le bail peut être fait par celui qui n'est pas propriétaire : dira-t-on que cet acte est néanmoins une aliénation quand le bail est consenti pour plus de neuf ans ou qu'il contient une quittance de trois ans de loyer? Ce serait donc un acte d'aliénation fait par celui qui n'a pas la propriété de la chose! Il est inutile d'insister sur ce point, parce que la cour de cassation n'a pas pu décider qu'un acte d'administration est un acte de disposition. Aussi ne formule-t-elle pas le principe dans ces termes absolus; elle dit que l'article 1er attribue aux baux qui excèdent neuf années et à ceux qui contiennent quittance d'au moins trois années de loyer le *caractère de l'aliénation,* et que c'est pour ce motif qu'elle les soumet, *de même que les actes translatifs de ces droits,* à la formalité de la transcription. La formule est singulière : le langage est incorrect, et la pensée nous paraît aussi incorrecte que l'expression. Qu'est-ce qu'un acte qui a *le caractère de l'aliénation?* Cela signifie-t-il que le bail de plus de neuf ans et celui qui contient une quittance de trois ans de loyer ne sont pas des actes d'aliénation, mais que la loi les considère néanmoins comme tels? Ce serait une fiction; or, les fictions sont de la plus stricte interprétation; de sorte que tout ce que l'on pourrait induire de l'article 1er, c'est qu'en matière de transcription la loi met les baux sur la même ligne que les actes translatifs de droits réels immobiliers. Mais cette assimilation ne pourrait être étendue à des cas où il ne s'agit pas de transcription, et tel est le cas prévu par l'article 45; les baux, quoique transcrits, ne peuvent être opposés au créancier hypothécaire quand ils excèdent neuf années; donc la transcription doit être écartée, et, par suite, l'article 1er de la loi ne peut être invoqué pour interpréter l'article 45.

Du principe que l'article 1er attribue à certains baux le

caractère de l'aliénation, la cour conclut que le créancier hypothécaire peut exercer contre le preneur le droit de suite. La conséquence nous paraît aussi hasardée que le principe. Qu'est-ce, en effet, que le droit de suite? Ce droit s'exerce contre les tiers détenteurs de l'immeuble hypothéqué. Qui sont ces tiers détenteurs? On n'a qu'à lire le chapitre VI, qui traite du droit de suite, pour se convaincre qu'il s'agit d'un tiers acquéreur, c'est-à-dire d'un tiers propriétaire : il suffit de citer l'article 105 (code civil, article 2177). Pour que le créancier hypothécaire pût se prévaloir contre le preneur de son droit de suite, il faudrait donc que le preneur fût propriétaire; il faudrait que l'expropriation fût poursuivie contre le preneur, il faudrait que le preneur eût le droit de délaisser ou de payer pour s'exempter de l'expropriation; or, toutes ces conséquences qui découlent du principe admis par la cour suprême sont purement imaginaires. L'expropriation se poursuit, non contre le preneur, mais contre le bailleur, c'est-à-dire contre le débiteur, propriétaire de l'immeuble; il n'y a pas de tiers détenteur dans l'espèce, parce que le preneur ne détient pas l'immeuble comme propriétaire, il en a seulement la détention comme possesseur précaire, au nom du bailleur pour lequel il possède. Or, là où il n'y a point de tiers détenteur, il ne saurait être question du droit de suite. La théorie de la cour est une doctrine imaginaire, comme les bases sur lesquelles elle repose.

239. Nous comprenons très-bien le motif qui a conduit la cour à imaginer la théorie qu'elle a consacrée. Le débiteur qui a hypothéqué un immeuble reste, à la vérité, propriétaire, mais il ne peut plus rien faire qui nuise au créancier hypothécaire. Or, les baux à long terme seraient préjudiciables au créancier; voilà pourquoi la loi les réduit à une durée de neuf ans. Mais les baux qui contiennent quittance de trois années de loyers sont tout aussi préjudiciables au créancier; il ne doit donc pas être permis au débiteur de se faire payer d'avance tous les loyers : il faut une limite. Cette limite, la cour l'a cherchée dans l'article 1er; et, pour l'y trouver, elle a dû supposer d'abord que les baux de plus de neuf ans sont des actes translatifs de propriété,

puis elle a dû assimiler à un acte translatif de propriété le bail qui contient quittance de trois ans de loyer. Cette argumentation, à notre avis, est contraire aux principes. Nous allons prouver qu'elle est en opposition avec les textes, tels qu'ils ont été interprétés par les auteurs de la loi hypothécaire.

L'article 45 prévoit les actes que le débiteur peut ou ne peut pas faire après qu'il a hypothéqué l'immeuble. Parmi ces actes, il y en a un qui faisait le tourment des interprètes sous l'empire du code civil : le débiteur a-t-il le droit de faire des baux à longs termes? A-t-il le droit de se faire payer d'avance tous les loyers? Le code Napoléon ne contenait aucune disposition à cet égard; et, comme toujours, le silence de la loi engendrait des controverses sans fin. Appelé à faire une loi nouvelle, le législateur belge a dû faire pour la question des baux ce qu'il a fait pour toutes les difficultés qui s'étaient présentées sous l'empire de l'ancienne loi. C'est ce qu'il a fait, il décide la question des baux à longs termes en les déclarant réductibles. La loi nouvelle ne dit rien des baux contenant une quittance anticipative. Quelle est la raison de ce silence? Est-ce oubli? Cela ne serait pas concevable; comprend-on que le législateur, voulant trancher une difficulté qui avait donné lieu à tant de controverses, la tranche à moitié, en oubliant l'autre moitié? S'il n'y a pas oubli, il faut dire ou que le législateur n'a pas voulu décider la difficulté, ou qu'il l'a décidée implicitement par l'article 1er? Cette dernière supposition est celle de la cour de cassation; nous la croyons inadmissible.

Il y a une première fin de non-recevoir contre cette interprétation. S'il était utile de décider qu'un bail contenant quittance anticipative est un acte de disposition qui ne peut être opposé au créancier hypothécaire, à plus forte raison était-il utile de le dire pour les baux qui excèdent neuf ans. Nous disons : *à plus forte raison*. En effet, on conçoit qu'un bail à longs termes soit assimilé à un acte de disposition, puisqu'il y a des articles du code qui ne permettent pas à un simple administrateur de consentir des baux qui dépassent neuf ans; mais il n'y a pas une seule disposition d'où l'on puisse induire qu'un bail avec paye-

ment anticipatif soit un acte d'aliénation. Il eût donc été très-utile, disons mieux, il eût fallu que le législateur s'expliquât sur ces baux, puisqu'il jugeait nécessaire ou utile de s'expliquer sur les baux que le débiteur avait le droit de faire. Il a gardé le silence sur les baux contenant quittance anticipative, tandis qu'il a parlé des baux à longs termes. Nous demandons de nouveau : Quelle est la raison de ce silence? L'explication que la cour de cassation a donnée n'explique rien : il en faut chercher une autre, et il est très-facile de la trouver, car elle se trouve en toutes lettres dans les discussions de la chambre des représentants.

240. La discussion confirme pleinement l'interprétation que nous avons donnée aux articles 1 et 45, et elle est en opposition ouverte avec celle que la cour de cassation a consacrée. Dans la séance du 30 janvier 1851, M. Jullien appela l'attention du ministre de la justice sur les baux que ferait le propriétaire de l'immeuble hypothéqué au préjudice des créanciers hypothécaires : il croyait qu'il fallait soumettre ces baux à la transcription prescrite par l'article 1er. C'était une erreur en droit et en théorie. M. Lelièvre, le rapporteur de la commission, rétablit les vrais principes en ce qui concerne la question de droit; et, à cette occasion, il dit en toutes lettres ce que nous avons dit, qu'il n'y a rien de commun entre l'article 1er et l'article 45. Quel est le but de la transcription ordonnée par l'article 1er en ce qui concerne les baux? C'est, dit-il, d'informer de l'existence de ces baux les tiers qui contracteraient postérieurement avec le propriétaire. *Quant aux créanciers antérieurs, la loi ne s'en occupe pas;* leurs droits restent, en conséquence, *soumis à la loi commune.* M. Tesch, le ministre de la justice, fut plus explicite encore en répondant à la question de théorie soulevée par M. Jullien : « *Nous ne changeons absolument rien,* dit-il, *aux principes existants.* C'est plutôt une question de fait qu'une question de droit. S'il y a fraude, le créancier attaquera le bail. » Le ministre ajoutait qu'il était dangereux de changer la législation, en matière de bail, à propos d'une loi sur le régime hypothécaire. Mieux valait s'en tenir au droit commun.

M. Jullien, comme le ministre l'y avait engagé, proposa le lendemain un amendement qui tranchait, en termes formels, la question des payements anticipatifs, en disposant que ces payements ne seraient en aucun cas opposables aux créanciers antérieurs. La commission à laquelle cette proposition fut renvoyée la rejeta, par la raison qu'il ne serait pas sans inconvénient d'annuler d'une manière générale, et sans réserve aucune, tous payements faits par anticipation. Cela rentrait dans l'ordre d'idées développé par le ministre de la justice : ne pas décider en droit une question qui était de fait, maintenir, en conséquence, le droit commun (1).

La commission du sénat s'occupa également des payements anticipatifs, et elle partagea l'avis émis par le ministre de la justice. « Il n'y a pas de mesures à prendre, dit-elle. Si les payements anticipés ont été faits de bonne foi, ils doivent être respectés ; s'il y a fraude, l'action du créancier est ouverte (2). »

Voilà l'explication officielle du silence que l'article 45 garde en ce qui concerne les payements anticipatifs. Si le législateur n'en a pas parlé, c'est qu'il a voulu s'en rapporter au droit commun; et le droit commun, tel qu'il l'entend, n'est pas l'article 1er, c'est le droit existant au moment où la loi hypothécaire a été discutée, c'est-à-dire le code civil. La cour de cassation ne dit rien des travaux préparatoires; le réquisitoire du procureur général nous en dira la raison. « Les discussions, dit M. Leclercq, ne sont pas des lois ; si elles en éclairent la signification, elles ne peuvent y être contraires, et entre elles et la loi, le choix ne peut être douteux : la loi doit l'emporter. » Rien de plus vrai ; mais cela suppose que la loi est claire et que ceux qui ont contribué à la faire l'ont mal comprise. Or, le sens que la cour de cassation donne aux articles 1 et 45 n'est rien moins qu'évident; c'est donc le cas de recourir aux discussions pour savoir ce que le législateur a voulu dire. Est-il vrai que les débats de la chambre des repré-

(1) Séances des 30 et 31 janvier et 1er février 1851 (Parent, p. 204 et suiv.).
(2) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 41).

sentants et du sénat sont aussi peu probants que le dit le procureur général? La question est de savoir si les payements anticipés sont régis par les articles 1 et 45 de la loi hypothécaire quand il s'agit d'un bail postérieur à la constitution de l'hypothèque; en d'autres mots, pourquoi l'article 45 garde-t-il le silence sur les quittances anticipatives, alors qu'il tranche la difficulté des baux à longs termes? Sur ce point, il y a plus que des discussions, plus que des discours et des rapports, il y a un amendement proposé, examiné par la commission et rejeté par la chambre. Pourquoi l'a-t-elle rejeté? Et pourquoi la commission du sénat fut-elle d'avis qu'il fallait maintenir le rejet et ne rien dire, dans la loi, des payements anticipés? A cette question il n'y a qu'une réponse; elle est faite par le ministre de la justice, elle est confirmée par les rapporteurs de la chambre des représentants et du sénat. Il y a donc décision des deux chambres. Dira-t-on qu'elles se sont trompées, que la question qui, d'après le ministre, restait sous l'empire du droit commun, était décidée dans un autre sens par l'article 1er de la loi? C'est dire, non que tel orateur a mal interprété la loi, mais que les chambres, en rejetant l'amendement de M. Jullien, n'ont pas su ce qu'elles faisaient. Il nous est impossible de méconnaître à ce point l'autorité qui s'attache au vote du corps législatif et à la discussion qui a précédé ce vote. Notre conclusion sera toute contraire : c'est la cour de cassation qui donne une fausse interprétation à l'article 1er. Au moins conviendra-t-on que la loi n'est pas aussi claire que la cour le dit; dès lors les travaux préparatoires reprennent leur importance, surtout quand ils ont la précision des débats que nous venons d'analyser.

241. Nous ne voulons négliger aucun élément d'une controverse dans laquelle nous sommes forcé de prendre parti contre la cour de cassation. A l'appui de l'interprétation qu'elle donne à l'article 1er de la loi hypothécaire, elle invoque l'article 25 de la loi du 25 août 1854 sur l'expropriation forcée. Cette disposition est ainsi conçue : « Les baux qui n'ont pas de date certaine avant la transcription de l'exploit de saisie *pourront, suivant les circonstances,*

être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent. *Sont nuls* les baux consentis par le saisi après la transcription du commandement ou de l'exploit de saisie. Les baux consentis après le commandement, même non transcrit, sont également *nuls* s'ils excèdent neuf ans ou contiennent quittance de trois années de loyer au moins. » Cette loi, dit-on, applique à la saisie le principe de l'article 1er de la loi hypothécaire, tel que la cour de cassation l'interprète; elle confirme donc cette interprétation. Supposons que cela soit exact; qu'en résulterait-il? C'est que le législateur de 1854 a trouvé bon d'assimiler les baux avec quittance anticipative aux baux qui excèdent neuf ans. Mais cela prouve-t-il que le législateur de 1851 a fait la même chose, alors que le contraire résulte du silence de l'article 45 et des motifs que les deux chambres ont donnés de ce silence? Interpréter une loi par une autre loi est déjà chose très-chanceuse; ce mode d'interprétation conduit à une erreur certaine quand les deux lois diffèrent dans leur texte et dans leur esprit. L'article 45 de la loi de 1851 suppose un bail fait par un propriétaire qui jouit de la plénitude de ses droits, sauf qu'il ne peut pas faire d'actes préjudiciables aux créanciers hypothécaires; c'est cette considération que le ministre de la justice faisait valoir quand il combattait la proposition de M. Jullien, qui dépouillait d'une manière absolue le propriétaire du droit de faire des baux avec payement anticipé. La loi de 1854 prévoit une tout autre hypothèse; le propriétaire consent un bail alors qu'il est sous le coup d'une saisie; le bail dépasse les conditions ordinaires d'un bail; il excède neuf années, ou il contient quittance de trois années de loyer au moins; faire un bail exorbitant du droit commun, alors que l'immeuble loué va être exproprié, c'est nécessairement faire un acte frauduleux; voilà pourquoi la loi l'annule. Elle l'annule, disons-nous, elle ne le réduit pas, comme fait l'article 45 de la loi hypothécaire. La différence est radicale, et elle prouve que l'on a eu tort de se prévaloir de la loi de 1854 pour interpréter la loi de 1851 (1).

(1) Comparez Waelbroeck, *Commentaire de la loi du* 15 *août* 1854 *sur*

242. Si, comme nous le croyons, l'article 1er de la loi de 1851 est étranger à l'article 45, il reste à voir quel sera l'effet d'un bail contenant quittance anticipative de loyers à échoir. Il a été dit dans la discussion que cet effet était régi par le droit commun. Quel est ce droit commun? La commission du sénat, d'accord, en ce point, avec le ministre de la justice, répond que l'on doit respecter les payements anticipés faits de bonne foi, tandis que les créanciers peuvent les attaquer quand ils sont faits en fraude de leurs droits (n° 240). Cela veut-il dire que les créanciers doivent agir par l'action paulienne que l'article 1167 leur accorde contre tous les actes frauduleux? Nous doutons que telle ait été la pensée du rapporteur et du ministre; ils ne parlent pas d'action paulienne; et, en réalité, le propriétaire qui donne à bail un bien hypothéqué n'est pas dans la situation que prévoit l'article 1167. L'action paulienne suppose un débiteur qui jouit de la plénitude de ses droits; il peut aliéner, donner à bail pour 99 ans, mais son droit ne va pas jusqu'à la fraude; s'il fait un acte en fraude de ses créanciers, ceux-ci peuvent l'attaquer, mais ils doivent prouver que le tiers qui a traité avec le débiteur est complice de la fraude. Le propriétaire qui a hypothéqué son immeuble n'est pas dans cette situation; il n'a plus la pleine propriété du fonds, il n'a qu'une propriété démembrée, et elle est démembrée dans l'intérêt des créanciers hypothécaires; ce qui veut dire qu'il ne peut rien faire qui leur cause préjudice en compromettant l'exercice de leur droit. Quels sont les actes qui portent atteinte aux droits des créanciers? La loi ne le dit pas, elle se borne à donner des exemples. Les applications nous font connaître le principe que le législateur suit. Ainsi le débiteur peut faire les coupes de bois ordinaires d'après l'usage des lieux: les créanciers hypothécaires doivent respecter ces actes, parce que le débiteur est dans son droit; mais il cesse d'être dans son droit quand il agit de mauvaise foi, c'est-à-dire en fraude de ses créanciers; dans ce cas, on applique l'ar-

l'expropriation forcée (t. II, p. 241, n° 8 de l'article 25). L'auteur dit très-bien, et il prouve que l'article 25 n'est pas en harmonie avec l'article 1er de la loi hypothécaire.

ticle 1167. Mais si le débiteur fait des coupes extraordinaires, fût-il de bonne foi, les créanciers ne sont pas tenus de les respecter; la loi ne permet pas au débiteur de les faire, parce que ces actes sont essentiellement préjudiciables aux créanciers. L'article 45 applique le même principe aux baux : dans les limites de neuf ans, le bail est un acte ordinaire d'administration; donc le débiteur peut le faire, mais il dépasse son droit quand il agit en fraude de ses créanciers; dans ce cas, on rentre dans l'article 1167. Quant aux baux qui excèdent neuf années, le débiteur ne peut pas les faire, parce qu'ils sont nécessairement préjudiciables aux créanciers hypothécaires.

Le droit commun pour le débiteur grevé d'hypothèques est donc celui-ci. Il peut faire les actes ordinaires de jouissance et d'administration, à moins qu'il n'agisse en fraude de ses créanciers; dans ce cas, on applique l'article 1167. Il ne peut pas faire les actes qui dépassent ce que les propriétaires sont dans l'usage de faire : fût-il de bonne foi, ces actes ne peuvent être opposés aux créanciers hypothécaires, parce qu'ils leur sont essentiellement préjudiciables; les créanciers pourront donc les attaquer sans être tenus de prouver la fraude; il suffit qu'ils prouvent que l'acte compromet leur droit hypothécaire, car le débiteur ne peut rien faire qui lèse les droits que lui-même a concédés à ses créanciers. Voilà le droit commun qui régit les actes faits par le débiteur grevé d'hypothèques. C'est ce principe qui doit recevoir son application aux baux avec payement anticipatif. Mais ici nous rencontrons une difficulté dans le silence de la loi; elle ne dit pas, comme elle le fait pour la durée des baux, que le débiteur ne peut pas recevoir de payement anticipé de plus de trois ans; le législateur n'a pas voulu tracer de limites, il a dit que c'était une question de fait abandonnée à l'appréciation du juge. Le juge devra donc appliquer le principe que le débiteur ne peut rien faire qui lèse le droit hypothécaire des créanciers. Pour décider si ces droits sont lésés, il tiendra compte de ce qu'il est d'usage de faire en matière de payements anticipés. Supposons qu'il soit d'usage que le propriétaire d'un bien rural se fasse payer d'avance une année, ou deux années,

et même trois années de fermages, le juge décidera, par voie d'analogie, que le débiteur a agi dans la limite de ses droits; les créanciers ne pourront se plaindre que s'ils prouvent que la convention est frauduleuse. Mais s'il est constant que le débiteur a dépassé ce qui est d'usage, si, comme dans l'espèce jugée par la cour de cassation, le débiteur a reçu d'avance tous les loyers, les créanciers pourront attaquer cet acte sans être tenus de prouver la fraude; il suffira qu'ils établissent que l'acte leur est préjudiciable. Mais ils devront prouver le préjudice; tandis que, dans les prévus par l'article 45, ils n'ont aucune preuve à faire, la cas loi établit une présomption de préjudice: tout bail excédant neuf ans est présumé préjudiciable. Il n'en est pas de même des baux contenant un payement anticipé, n'étant pas prévus par la loi, on ne peut pas dire qu'il y ait une présomption de préjudice.

Notre opinion se rapproche, dans ses résultats, de la doctrine consacrée par la cour de cassation. Mais nous décidons la difficulté en fait, comme l'a dit le ministre de la justice; tandis que la cour décide la question en droit, en donnant à l'article 1er de la loi hypothécaire un sens très-problématique. Notre opinion se rapproche encore de l'arrêt de la cour suprême en ce que la cour met la preuve à charge des créanciers : ils doivent prouver que le débiteur a excédé son droit en dépassant ce qu'il est d'usage de faire. Ils doivent encore prouver que l'acte du débiteur leur cause préjudice; cela nous paraît très-logique. Ils sont en face d'un propriétaire dont le droit n'est démembré qu'en ce sens qu'il ne peut pas amoindrir le droit hypothécaire des créanciers; s'ils attaquent un de ces actes, il faut qu'ils prouvent le préjudice que l'acte leur cause

SECTION III. — Des hypothèques légales (1).

ARTICLE 1er. Notions générales.

§ Ier. *Quelles hypothèques sont légales.*

243. L'article 47 (code civil, art. 2121) énumère les *droits* et *créances* auxquels l'hypothèque légale est attribuée. En disposant que l'hypothèque légale est attribuée à certaines créances, la loi semble dire que le droit de préférence y est attaché à raison de la qualité de la créance, comme l'article 12 (code civil, art. 2095) le dit des priviléges. Cela n'est pas exact. Le privilége, à la vérité, a sa raison d'être dans la faveur que la créance mérite aux yeux du législateur; il n'en est pas de même de l'hypothèque légale; elle est attachée à une créance ordinaire, à une action en responsabilité, à des récompenses, tous droits qui ne différent en rien des droits en général. La créance garantie par l'hypothèque légale n'a donc rien qui la distingue de toutes les autres créances; si le législateur la munit de plein droit d'une hypothèque, c'est que le créancier mérite que la loi intervienne pour lui. En effet, tous ceux auxquels la loi accorde une hypothèque légale sont des incapables, soit par suite d'une incapacité naturelle, soit par suite d'une incapacité légale; ne pouvant pas veiller eux-mêmes à leurs intérêts, le législateur a dû le faire, car son devoir est de protéger les incapables.

244. L'article 47 place en première ligne les femmes mariées qui ont une hypothèque légale sur les biens de leurs maris pour leurs droits et créances. Aux termes de l'article 1124, la femme mariée est incapable de contracter; elle est donc incapable de stipuler une hypothèque pour la garantie de ses droits. Il est vrai que cette incapacité n'est pas absolue, elle est légale; tout ce qui en résulte, c'est que la femme ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation de son mari ou de justice. Mais la néces-

(1) Beckers, *Des hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées*, 1 vol. in-8° (Bruxelles, 1854).

sité de cette autorisation constitue précisément son incapacité quand il s'agit de stipuler des sûretés contre son mari. Il a donc fallu que la loi intervînt et qu'elle accordât à la femme, de plein droit et sans stipulation aucune, la garantie hypothécaire qu'elle est légalement incapable d'exiger de son mari. Dira-t-on qu'au refus du mari, la femme peut recourir à la justice? Ce recours, déjà très-difficile quand le mari n'est pas partie en cause, devient moralement impossible lorsque l'acte est une mesure de défiance contre le mari : la loi ne peut pas exiger que la femme prenne l'initiative d'un acte qui porterait le trouble et la discorde dans des relations où doit régner l'harmonie la plus parfaite.

L'incapacité de la femme n'existe qu'à partir du mariage ; elle explique l'intervention de la loi en sa faveur, quand il s'agit de droits qui prennent naissance pendant le mariage, au profit de la femme contre son mari. Mais la femme a aussi une hypothèque légale pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour des droits qui naissent, avant le mariage, des conventions expresses ou tacites que les futurs époux font relativement à leur patrimoine. Avant son mariage, la femme n'est pas incapable; si elle est majeure, elle a la même capacité que l'homme; si elle est mineure, elle a un représentant légal et un protecteur dans ses père et mère ou dans son tuteur; en tout cas, elle ne se trouve pas dans la dépendance de son mari. Pourquoi donc le législateur intervient-il en sa faveur pour lui accorder de plein droit des garanties qu'elle est libre de stipuler? S'il n'y a pas d'incapacité légale, il y a une incapacité morale dont la loi a dû tenir compte. Nous ne parlons pas de l'ignorance de la jeune fille qui se marie; c'est cependant un fait que l'on devra prendre en considération, puisque, dans les classes aisées ou riches, on élève la femme dans une ignorance à peu près absolue; le législateur qui, par sa coupable indifférence, est complice de l'ignorance où végète la moitié du genre humain, peut-il présumer capables des enfants qui ne savent pas même qu'elles ont des droits? Et supposons que la future sache qu'elle a des droits à sauvegarder,

elle ne songera certes pas à le faire au moment où elle unit sa destinée à celle de l'homme qu'elle aime : témoignera-t-elle de la défiance à son futur époux, alors qu'on lui apprend qu'ils ne formeront qu'une âme dans deux corps? La famille même reculera devant ce témoignage de défiance, parce que l'union qu'elle désire pourrait être rompue, le futur considérant toute marque de défiance comme une injure. Ainsi, avant le mariage, il y a incapacité morale pour la femme de garantir ses intérêts en stipulant une hypothèque : le législateur a dû le faire pour elle.

245. Les mineurs et interdits ont une hypothèque légale pour leurs droits et créances sur les biens de leur tuteur (art. 47; code civil, art. 2121). Ce sont les incapables par excellence, les uns par leur âge, les autres par suite de la terrible maladie qui les prive de l'usage de la raison. Nous supposons que l'interdiction est prononcée par le juge, quand une personne se trouve dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur (art. 489). Outre cette interdiction il y avait, d'après le code pénal de 1810, une interdiction légale qui frappait la personne condamnée à certaines peines de la même incapacité que l'interdiction judiciaire, et, par suite, elle donnait lieu, en leur faveur, à l'hypothèque légale (1). Nous avons dit ailleurs que, d'après la législation belge, il n'y a plus d'interdiction légale (t. I, n° 404, et t. V, n° 246).

246. La plupart des aliénés ne sont pas interdits; on les place dans un hospice ou dans une maison de santé, et en vertu de la loi du 8 juin 1850, on leur nomme un administrateur provisoire dont les fonctions sont analogues à celles du tuteur. Aux termes de l'article 47, les personnes placées dans un établissement d'aliénés ont une hypothèque légale sur les biens de leur administrateur, pour leurs droits et créances. C'est une hypothèque identique avec celle de l'interdit, sauf qu'elle prend fin sans qu'il y ait un jugement, comme il en faut un pour que l'interdiction soit levée. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur le régime des

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, n° 754.

aliénés colloqués, dans l'Appendice, au titre de la *Tutelle.*

247. L'Etat, les provinces, les communes, les établissements publics ont une hypothèque légale sur les biens des receveurs et administrateurs comptables, pour les créances qu'ils peuvent avoir contre eux à raison de leur gestion (art. 47; code civil, art. 2121). Il s'agit de personnes civiles publiques, c'est-à-dire établies par la loi pour un service public, à raison duquel elles sont investies de certains droits qui leur sont nécessaires pour remplir leur mission. A ce titre, elles ont des biens dont la gestion est confiée à des comptables. Il importe à la société que les personnes civiles aient une garantie contre ceux qui manient les deniers destinés à un service public; et comme les personnes civiles n'ont qu'une existence fictive, la loi a dû veiller à leurs intérêts en leur accordant une hypothèque de plein droit.

248. Telles sont les hypothèques légales énumérées par l'article 47 (code civil, art. 2121). L'énumération n'est pas complète. En principe, il n'y a d'hypothèque légale qu'en vertu d'un texte formel de la loi; il faut dire des hypothèques légales ce que nous avons dit des priviléges. Les parties intéressées ne peuvent pas créer d'hypothèque légale, de même qu'elles ne peuvent pas créer de priviléges (1); elles ne peuvent pas non plus déroger à la loi qui les établit, sauf quand le législateur leur en donne le droit. Il suit de là qu'elles sont de stricte interprétation, de même que les priviléges (2) et par identité de raison. Etendre des hypothèques légales par voie d'analogie, ce serait créer des hypothèques, et le législateur seul a ce droit. La cour de Bruxelles a fait l'application de ce principe à une espèce dont la décision était tellement évidente, que l'on s'étonne qu'elle ait été portée devant les tribunaux. Des créanciers d'une succession bénéficiaire réclamaient une hypothèque sur les biens de ceux qui l'administraient, soit comme héritiers bénéficiaires, soit comme curateurs. La cour répond qu'il n'y a que trois sortes d'hypothèques (sous l'empire du code civil), l'hypothèque légale, l'hypothèque

(1) Voyez le t. XXIX de mes *Principes*, n° 306, p. 349.
(2) Voyez le t. XXIX de mes *Principes*, n° 317, p. 360.

judiciaire et l'hypothèque conventionnelle; or, les appelants ne produisaient ni titre, ni jugement, ni loi; leur prétention n'avait donc aucun fondement (1).

On ne doit pas conclure de là qu'il n'y a pas d'autres hypothèques légales que celles qui sont établies par l'article 47 (code civil, art. 2121) : il faut une loi pour qu'il y ait une hypothèque légale, mais il ne faut pas que cette loi soit la loi hypothécaire. L'article 11 (code civil, art. 2120) renvoie aux lois spéciales ce qui concerne les priviléges maritimes. Ce renvoi est de droit pour toutes les causes de préférence qui peuvent résulter de lois particulières, pourvu qu'elles ne soient pas abrogées par le code civil ou par la loi belge. Nous avons déjà rencontré des hypothèques légales établies dans l'intérêt du fisc, en traitant des priviléges résultant des lois spéciales (n°s 146 et suiv.); il nous reste à mentionner celles qui ne sont pas comprises dans l'énumération de l'article 47.

249. Il y a des hypothèques légales consacrées par la loi hypothécaire, quoique la loi ne leur donne pas ce nom. Ce sont les priviléges qui dégénèrent en hypothèques.

Lorsque le vendeur, le copermutant, le donateur et les copartageants dispensent le conservateur de l'obligation de prendre l'inscription d'office, le privilége s'éteint et dégénère en hypothèque (art. 36). Cette hypothèque est légale, puisqu'elle résulte de la loi; en effet, le privilége est une hypothèque privilégiée, et cette hypothèque est légale, puisque c'est la loi qui crée les priviléges; donc quand cette hypothèque légale que l'on appelle privilége perd sa qualité de privilége, il lui reste celle d'hypothèque établie par la loi. Il en est de même, et par identité de raison, lorsque l'inscription d'office n'a pas été renouvelée dans les quinze ans; le privilége s'éteint, mais il reste une hypothèque légale (art. 37).

Le privilége de l'architecte dégénère aussi en hypothèque légale, lorsque le second procès-verbal n'est pas inscrit dans la quinzaine de la réception des ouvrages (art. 38).

(1) Bruxelles, 5 février 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 18)

Ces hypothèques doivent être inscrites et elles n'ont de rang qu'à partir de l'inscription. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut.

250. L'article 1017 porte que les héritiers du testateur et autres débiteurs d'un legs en sont tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs. La plupart des auteurs enseignent que cette disposition établit une hypothèque légale au profit des légataires, et la jurisprudence est dans le même sens. On demande si cette hypothèque existe encore sous l'empire de notre nouvelle loi. La question est controversée; nous y reviendrons, en traitant de l'hypothèque testamentaire établie par la loi belge.

251. La plupart des auteurs admettent aussi que les créanciers d'un commerçant failli ont une hypothèque légale sur ses biens, mais ils enseignent que cette hypothèque diffère essentiellement des véritables hypothèques légales établies par l'article 47 (code civil, art. 2121) (1). Nous laissons la question de côté, puisqu'elle doit être décidée par les principes du droit commercial.

252. L'hypothèque légale donne lieu à deux questions que l'on a souvent confondues et qu'il importe de distinguer afin d'éviter la confusion dans une matière aussi difficile. On demande d'abord si l'hypothèque légale est un droit civil dans le sens strict du mot? Sous l'empire du code Napoléon, la question était controversée; la plupart des auteurs enseignaient que l'hypothèque légale étant une création de la loi, il fallait la considérer comme un droit civil, propre aux citoyens du pays dont la législation crée l'hypothèque (2). La jurisprudence était en ce sens. On décidait en conséquence que le mineur et l'interdit étrangers n'avaient pas d'hypothèque légale sur les biens de leur tuteur situés en France, quand même le tuteur était Fran-

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. III, p. 203 et suiv., notes 11-16.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 200, et notes 1 et 2, § 264. Quelques auteurs se sont prononcés pour l'opinion contraire (Valette, p. 275 et les auteurs qu'il cite, p. 278, note 2).

çais et que la tutelle avait été déférée en France. De même on décidait que la femme étrangère n'avait pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, alors même qu'elle était d'origine française et que le mariage avait été célébré en France.

La loi belge s'est prononcée pour l'opinion contraire; l'article 2 additionnel est ainsi conçu : « Le mineur étranger, quand même la tutelle aurait été déférée en pays étranger, aura hypothèque légale sur les biens de son tuteur situés en Belgique, dans le cas et en conformité des dispositions énoncées au § Ier, section Ire, chapitre III de la présente loi. » C'est dire que le mineur étranger est assimilé en tout au mineur belge; il est naturellement soumis aux conditions prescrites par la loi de 1851, en ce qui concerne la spécialité et la publicité.

« Pareillement la femme étrangère, même mariée en pays étranger, aura hypothèque légale sur les biens de son mari situés en Belgique, dans le cas et en conformité du § 2, section Ire du chapitre III de la présente loi. » C'est-à-dire que la femme étrangère est assimilée à la femme belge quant à ses droits, et, par suite, quant aux conditions que la loi de 1851 prescrit pour l'exercice de ces droits : elle est donc tenue de faire spécialiser son hypothèque et de la rendre publique.

La loi belge déroge au principe des droits civils, tel que les auteurs du code Napoléon l'avaient établi (art. 11), et elle est revenue à la véritable doctrine. Nous avons dit que la distinction des droits en civils et naturels est fausse (t. I, n°s 422 et 423); tout droit est naturel, puisque la nature qui nous donne une mission doit aussi nous donner les droits qui sont nécessaires pour la remplir. Qu'importe qu'il y ait des droits que la loi crée, en ce sens qu'ils n'existeraient pas sans la loi? Si la loi accorde une hypothèque aux mineurs, est-ce parce que les mineurs sont Français? Elle intervient en leur faveur parce qu'ils sont incapables, et les mineurs étrangers sont-ils par hasard moins incapables? Leur incapacité est d'autant plus grande qu'ils ne trouvent pas dans leur famille et dans leurs relations l'appui et la protection qui d'ordinaire entourent les mineurs Belges. Dira-t-on

que le législateur ne doit pas protéger les étrangers, quoiqu'ils soient mineurs et incapables? Voilà la théorie des droits civils dans toute sa barbarie : l'étranger est un ennemi, comme l'appelle la loi des XII Tables, et l'ennemi n'a droit à aucune protection, fût-il un enfant au berceau. Ces sentiments des peuples barbares ne sont plus ceux de l'humanité moderne; nous voyons un frère dans tout homme, et notre cœur s'émeut de pitié à la vue de tout être faible, sans que nous songions à demander si celui qui, à raison de sa faiblesse, a besoin de notre appui est Français ou étranger. La distinction des droits civils et naturels est un débris de la barbarie primitive; elle s'efface de nos lois; bientôt elles consacreront la vraie théorie, c'est que tous les droits privés sont des droits naturels, et que, partant, tout homme en doit jouir, quand même ils seraient établis par la loi.

253. La seconde question que soulève l'hypothèque légale des mineurs et des femmes appartenant à une autre nation est de savoir si la loi qui règle cette hypothèque forme un statut réel ou un statut personnel. Cette seconde question est toute différente de la première. D'après notre loi, l'hypothèque est un droit naturel, comme tous les droits privés. Reste à savoir par quelle loi ce droit est régi; est-ce par la loi française ou est-ce par la loi du pays auquel le mineur ou la femme appartiennent? Nous avons enseigné que l'hypothèque légale est un statut personnel (t. I, n° 116). La commission du sénat s'est prononcée en ce sens. Tout en admettant le principe que les incapables étrangers doivent jouir de l'hypothèque légale en Belgique, elle ajoute une réserve, c'est que les mineurs et les femmes ne pourront réclamer l'hypothèque légale en Belgique que si la loi de leur pays leur accorde une hypothèque (1). On peut formuler la réserve en termes plus généraux et dire que les garanties des mineurs, leur étant accordées à raison de leur incapacité, forment par cela même un statut personnel; c'est donc la loi étrangère qui déterminera à quelles garanties le mineur a droit; si elle

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 429).

ne lui donne pas d'hypothèque légale, il ne pourra pas prendre inscription sur les biens de son tuteur situés en Belgique. Il en est de même de la femme mariée. Cette conséquence du statut personnel paraît, au premier abord, choquante, puisqu'elle aboutit à refuser au mineur étranger une garantie réelle dont jouit le mineur indigène. Cependant elle est fondée en raison ; ce sont les lois de chaque pays qui déterminent les moyens les plus propres pour assurer les droits des mineurs; si la loi étrangère ne lui donne pas d'hypothèque légale, elle pourvoit à ses intérêts par d'autres garanties peut-être plus efficaces; or, le mineur ne peut pas réclamer tout ensemble les garanties que lui donne la loi étrangère et celles que lui donne la loi belge. Toutefois il peut résulter de cette diversité de lois que le mineur n'aura pas, à l'étranger, les garanties que lui offre son statut personnel. Si le mineur étranger a un tuteur belge et que les lois de son pays ne lui donnent pas d'hypothèque légale, il n'aura pas de garantie réelle contre son tuteur; et comme régulièrement il sera élevé en Belgique, il ne jouira pas de la protection particulière qu'il aurait eue s'il avait été élevé à l'étranger. Cela tient à la diversité des lois; il n'y a d'autre remède à cet inconvénient que des traités sur le droit international.

254. Ces principes s'appliquent-ils aux personnes civiles? Non, ce sont des êtres fictifs qui n'existent qu'en vertu de la loi qui les crée dans l'intérêt d'un service public. On ne peut donc pas dire que les personnes civiles doivent avoir la jouissance de tous les droits privés, à l'étranger aussi bien que dans le pays où elles sont organisées. Elles ne jouissent pas même de cette capacité générale dans le pays où elles ont une existence fictive; les personnes civiles n'ont d'autres droits que ceux que la loi leur accorde. Il faut donc limiter la question à ces droits et demander si les personnes civiles ont, à l'étranger, les droits qu'elles exercent en vertu de la loi qui les a créées. Ainsi posée, la question doit être résolue négativement. Un être fictif qui n'existe qu'en vertu de la loi n'a d'existence légale que dans le pays où cette loi est obligatoire; hors des limites de cet Etat, la fiction n'a plus au-

cune autorité; par suite, la prétendue personne civile est un non-être. A vrai dire, les personnes civiles appartiennent au droit public plutôt qu'au droit civil; nous parlons de celles que le code Napoléon considère comme telles, sans leur donner ce nom, ce qui est remarquable; il les appelle des *établissements publics*. Le nom est significatif; il s'agit donc d'un service public que la loi confie à une personne dite civile; or, un service public est une charge, et si des droits y sont attachés, c'est comme moyen de remplir la charge. A ce point de vue, il ne peut être question d'une personne civile en dehors du pays où elle est créée par la loi pour un service qui certes ne regarde pas l'étranger. N'existant pas à l'étranger, elles ne peuvent y réclamer aucun droit.

Ces principes reçoivent-ils aussi leur application à l'Etat, aux provinces et aux communes? L'Etat est la personnification de la nation; or, les nations entre elles vivent dans une société, très-imparfaite, il est vrai, toutefois cette société permet à chaque Etat d'exercer, à l'étranger, les droits qui lui appartiennent comme personne civile. C'est une conséquence de la reconnaissance de l'Etat par les autres Etats; il y existe par conséquent à titre de personne civile, et il peut réclamer les droits qui y sont attachés : telle serait l'hypothèque légale qui lui appartient sur les biens que les comptables posséderaient à l'étranger. Faut-il en dire autant des provinces et des communes? A notre avis, oui, car les provinces et les communes font partie intégrante de l'Etat, l'Etat n'étant autre chose qu'une agrégation de provinces et de communes. Par cela seul que l'Etat est reconnu à l'étranger, les provinces et les communes le sont aussi, et dès qu'elles existent comme personnes civiles, il faut leur reconnaître les droits qui y sont attachés. Toutefois ce principe n'est pas absolu. L'assimilation entre la personne civile et les personnes réelles n'est jamais complète; et précisément parce qu'elles sont de droit public, elles sont subordonnées à l'intérêt de chaque Etat, ce qui limite leur capacité.

A plus forte raison en est-il ainsi des établissements publics. Le but dans lequel ils sont institués, le service

qu'ils remplissent peuvent être en opposition avec des lois d'ordre public qui régissent les pays étrangers. C'est un motif politique qui confirme le motif juridique et qui s'oppose à leur reconnaissance hors du pays où elles sont établies. Ainsi les corporations religieuses ont été supprimées en France et en Belgique par des motifs d'ordre politique qui tiennent aux bases mêmes de la société moderne. Conçoit-on que ces corporations, fondées dans un pays où règne encore l'ancien régime ecclésiastique, acquièrent une existence légale dans un pays où la loi les réprouve? Cela est contradictoire dans les termes. Alors même que ces établissements seraient reconnus par la loi en France ou en Belgique, ils n'y auraient qu'une existence limitée par les nécessités sociales qui leur ont fait accorder la personnification; donc ils ne peuvent l'avoir hors des limites du pays où ils l'ont obtenue.

Cependant il y a des établissements publics qui sont d'une utilité générale; il serait donc utile qu'ils jouissent partout de la personnification civile. C'est une des matières qui devraient être réglées par des traités, et il serait bon qu'il y eût des traités, car il y a des services publics qui intéressent l'humanité et qui, sous une forme ou l'autre, se trouvent partout. Tels sont les hospices et les bureaux de bienfaisance : pourquoi n'auraient-ils pas, aussi bien que les communes, une hypothèque sur les biens de leurs comptables, situés à l'étranger? D'après la rigueur du droit civil, on ne peut leur accorder ce droit; c'est une lacune qui ne peut être comblée que par des traités.

§ II. *Les hypothèques légales sont soumises aux principes de spécialité et de publicité.*

255. Nous avons dit que les principes de spécialité et de publicité sur lesquels repose notre régime hypothécaire n'ont été admis par le conseil d'Etat qu'après une longue discussion, et sous la pression du premier consul, qui se prononça en faveur du maintien de la loi de brumaire (n°s 161 et suiv,). Mais en admettant le principe, Napoléon

réclama avec une vivacité extrême une exception en faveur des incapables, auxquels le projet de code civil accordait une hypothèque légale. Rien ne paraît plus logique, au premier abord, que cette exception. Pourquoi la loi donne-t-elle de plein droit une hypothèque aux mineurs, aux femmes mariées, aux interdits et aux aliénés? Parce qu'ils sont dans l'impossibilité de veiller eux-mêmes à leurs intérêts. Or, cette même incapacité qui ne leur permet pas de stipuler une hypothèque les empêchera de remplir les formalités prescrites par la loi pour la rendre spéciale et publique. Si donc la loi veut leur assurer une garantie efficace, elle doit dispenser l'hypothèque légale de l'inscription et, par suite, de la spécialité. C'est leur donner une garantie dérisoire que de leur accorder une hypothèque qui ne devient efficace que par l'inscription, alors que les incapables sont dans l'impuissance de réaliser cette condition.

La loi de brumaire ne se bornait pas à accorder aux incapables une hypothèque soumise à l'inscription; elle cherchait à obtenir la publicité au profit des incapables. Ainsi le subrogé tuteur et les parents ou amis qui avaient concouru à la nomination du tuteur étaient tenus, sous leur responsabilité solidaire, de requérir l'inscription ou de veiller à ce qu'elle fût faite, et, en cas de retard, le commissaire du directoire exécutif près les administrations municipales était chargé d'y faire procéder. Malgré les soins que le législateur avait pris pour conserver l'hypothèque des incapables en la rendant publique, l'hypothèque restait régulièrement inefficace, parce que ceux qui étaient chargés de l'inscrire ne le faisaient point. Le premier consul avait donc raison de dire que la loi détruisait elle-même la garantie qu'elle accordait aux incapables, en la subordonnant à la nécessité d'une inscription. La loi voulait défendre ceux qui ne pouvaient se défendre eux-mêmes, et, d'un autre côté, elle exigeait, pour la conservation des droits hypothécaires des incapables, une inscription que ceux-ci ne pouvaient pas prendre, et qui n'était pas prise par les personnes chargées de ce soin. Napoléon proposa de dispenser l'hypothèque des incapables de la nécessité de l'in-

scription. C'est le système consacré par le code civil (1).

256. Ce système garantissait pleinement les intérêts des incapables, mais il leur sacrifiait les intérêts des tiers. Que devenaient la publicité et la spécialité, bases du régime hypothécaire, alors que le plus grand nombre des hypothèques étaient générales et occultes? Les auteurs du code civil comprenaient que la publicité cessait d'être une garantie pour les tiers si les hypothèques légales n'étaient pas inscrites. Treilhard qui, au conseil d'Etat, avait soutenu la nécessité de l'inscription, sans exception aucune, dit dans l'Exposé des motifs, que s'il a été juste de protéger la faiblesse des mineurs et des femmes, il n'est pas moins nécessaire de pourvoir à ce que les tiers ne soient pas trompés. Le code civil prescrivait, en effet, des mesures sévères pour atteindre ce but; il déclarait stellionataires les maris et tuteurs qui ne déclaraient pas à ceux avec qui ils traitaient que leurs biens étaient grevés d'une hypothèque légale; il chargeait les parents des mineurs et de la femme de veiller à ce que l'inscription fût prise; il imposait les mêmes devoirs aux commissaires du gouvernement près les tribunaux (art. 2136-2139). Mais ces dispositions restèrent une lettre morte. L'hypothèque des mineurs et des femmes étant efficace indépendamment de l'inscription, il ne restait pas même un intérêt d'affection pour faire inscrire l'hypothèque légale; l'inscription ne concernait plus que l'intérêt des tiers, c'est-à-dire l'intérêt public et on ne se soucie guère de l'intérêt général (2).

En dispensant de l'inscription les hypothèques légales, on apportait une exception à un système qui n'en comporte pas. La publicité doit être complète, ou elle manque son but. Comment les tiers pouvaient-ils savoir que l'immeuble qu'ils achetaient ou sur lequel ils stipulaient une hypothèque n'était pas grevé d'une hypothèque légale, du chef d'une tutelle ou d'un mariage? Le tuteur et le mari pouvaient avoir aliéné le fonds; il eût donc fallu remonter de vente en vente pour rechercher si, parmi les précédents

(1) Séance du 12 pluviôse an XII, n° 97, et du 19 pluviôse an XII, n° 9 (Locré, t. VI, p. 179, 180 et 188).

(2) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 359 et suiv., n° 763.

propriétaires, il ne se trouvait pas un tuteur ou un mari. Et en supposant que l'on découvrît une hypothèque légale, on ne connaissait pas l'importance de la créance hypothécaire, puisque les hypothèques légales étaient affranchies de la spécialité aussi bien que de la publicité.

257. Les auteurs de la loi belge sont revenus au système de la loi de brumaire; ils ont cherché à concilier les intérêts des incapables avec l'intérêt des tiers, qui s'identifie avec celui de la société (1). Nous allons dire quelles mesures la loi hypothécaire prescrit pour assurer la spécialisation et l'inscription de l'hypothèque légale des mineurs et des femmes mariées. Le législateur belge a-t-il été plus heureux que le législateur de l'an VII? Nous l'ignorons. Il nous semble que le gouvernement devrait se préoccuper de l'exécution d'une loi qui intéresse à un si haut degré le crédit, et, par suite, la richesse publique. Pourquoi ne prescrit-on pas une enquête permanente? et pourquoi ne la publierait-on pas? Nous reviendrons sur les détails en traitant des diverses hypothèques légales. Pour le moment, il s'agit de préciser le système de la loi nouvelle. Elle soumet toutes les hypothèques au principe de publicité et de spécialité. Quant à la publicité, il n'y a aucune difficulté. L'inscription est une condition essentielle pour que l'hypothèque légale soit efficace; si elle n'est pas inscrite, le créancier n'aura ni droit de préférence, ni droit de suite : c'est dire qu'il sera un simple créancier chirographaire. Il en était déjà ainsi, sous le code civil, de l'hypothèque de l'Etat et des autres personnes civiles; dans le système de la loi belge, la publicité est une règle sans exception; les hypothèques des mineurs, des femmes mariées, des interdits et des aliénés y sont soumises, aussi bien que celle de l'Etat.

Quant à la spécialité, la loi détermine de quelle manière l'hypothèque légale des mineurs et celle des femmes doit être spécialisée en ce qui concerne les droits et créances qui sont garantis par l'hypothèque, et en ce qui concerne les biens sur lesquels une inscription spéciale doit être

(1) Discours de M. Tesch, ministre de la justice (Parent, 200).

prise. C'est le conseil de famille qui fixe la somme pour laquelle il sera pris inscription en faveur du mineur, et qui désigne les immeubles sur lesquels l'inscription doit être requise. L'hypothèque légale de la femme est spécialisée, quant à la créance et quant aux biens, par le contrat de mariage ou par le président du tribunal. Après que l'hypothèque a été spécialisée, on l'inscrit.

Comment concilier cette spécialisation avec la disposition de l'article 47, aux termes duquel les mineurs et interdits ont une hypothèque sur *les biens* de leur tuteur, et les femmes sur *les biens* de leur mari? Dire que l'hypothèque légale porte sur *les biens* des tuteurs et maris, c'est dire qu'elle porte sur *tous* leurs biens, même sur les biens à venir, par conséquent, qu'elle est générale. Comment l'hypothèque des mineurs et des femmes peut-elle être tout ensemble générale et spéciale? La contradiction n'est qu'apparente. L'hypothèque est générale en ce sens qu'elle frappe tous les biens du débiteur, de sorte qu'à la rigueur il peut être pris inscription sur tous ses biens. Elle est spéciale en ce sens que la loi veille à ce que l'inscription ne soit prise que sur les biens dont l'affectation est nécessaire à la garantie du créancier; si l'inscription prise dépasse les nécessités de cette garantie, le créancier en pourra demander la réduction. Ainsi le tuteur peut toujours demander que l'inscription prise sur les biens soit réduite, si elle est excessive. De même, le mari peut demander que l'inscription prise en vertu de l'ordonnance du président soit réduite en cas d'excès. S'il ne peut pas demander la réduction de l'inscription prise en vertu du contrat de mariage, c'est qu'il a concouru à spécialiser l'hypothèque pour sûreté de la dot et des conventions matrimoniales, et il ne peut pas revenir sur une convention qui est irrévocable. Il suit de là que, dans le système de la loi belge, l'hypothèque est toujours spéciale, en ce sens que l'inscription ne porte que sur les immeubles nécessaires pour donner une garantie suffisante aux mineurs et aux femmes mariées. Inscription peut donc être prise sur tous les biens du tuteur et du mari, si cela est nécessaire pour garantir les intérêts des incapables; mais si cela n'est pas nécessaire, on ne pren-

dra inscription que sur les immeubles que l'acte de spécialisation affecte à la garantie des créanciers, et l'inscription pourra, au besoin, être réduite.

Ce que nous avons dit des mineurs s'applique aux interdits, comme le prouve l'intitulé du § Ier qui traite de la spécialité de l'hypothèque des mineurs. D'ailleurs les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits (art. 509). Quant aux aliénés colloqués dans les hospices ou maisons de santé, la loi n'en parle pas. Comme l'administrateur provisoire tient lieu de tuteur aux aliénés non interdits, il faut appliquer par analogie à l'hypothèque des aliénés ce que la loi dit de l'hypothèque des interdits, laquelle s'identifie avec celle des mineurs.

258. Reste l'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, communes et établissements publics. La loi n'exige pas qu'elle soit spécialisée par un acte qui précède l'inscription, comme elle le prescrit pour l'hypothèque du mineur et de la femme mariée. Ce n'est pas à dire que l'Etat puisse prendre une inscription générale sur les biens présents et à venir du comptable, toute inscription hypothécaire doit être spéciale; l'article 89 (code civil, art. 2153) le dit formellement de l'hypothèque de l'Etat : elle est inscrite sur la présentation de deux bordereaux qui doivent contenir, entre autres mentions, la nature des droits à conserver et le *montant* de leur valeur déterminée ou éventuelle, ainsi que l'indication *spéciale* de la nature et de la situation de *chacun des immeubles*. Mais si l'inscription doit être spéciale, elle peut néanmoins porter sur tous les immeubles du débiteur, quelle qu'en soit la valeur, quand même elle dépasserait de beaucoup le montant de la créance, telle qu'elle est spécialisée dans l'inscription. L'inscription peut donc excéder la garantie dont l'Etat a besoin pour le payement de sa créance, sans que le comptable puisse en demander la réduction. En définitive l'Etat a une hypothèque générale sur les biens présents et à venir du comptable, sauf qu'il doit prendre une inscription spéciale sur chacun des immeubles, tandis que l'hypothèque des mineurs et des femmes mariées est spéciale, en ce sens que le créancier ne peut prendre inscription que sur les immeubles déter-

minés dans l'acte de spécialisation, et le débiteur peut toujours en demander la réduction, sauf dans le cas où elle est faite par convention. Quelle est la raison de cette différence entre l'hypothèque légale de l'Etat et les autres hypothèques légales? La spécialisation de l'hypothèque peut compromettre l'intérêt du créancier dans le cas où l'inscription, suffisante au moment où elle est prise, deviendrait insuffisante lors de la vente de l'immeuble, par suite de la diminution de la valeur des biens. Et l'insuffisance de la garantie hypothécaire compromettrait l'intérêt du fisc, qui est un intérêt général et le plus légitime des intérêts, puisque, dans un Etat fondé sur la souveraineté du peuple, le droit de l'Etat est le droit de tous les citoyens, de sorte que si le fisc perd, tous perdent. Il valait mieux que l'inscription de l'Etat fût excessive qu'insuffisante. Cela ne veut pas dire que l'hypothèque de l'Etat soit toujours et nécessairement excessive; il peut prendre inscription sur chacun des biens du comptable, présents et futurs, mais de fait il ne prendra inscription que sur les biens qui paraîtront nécessaires pour sauvegarder pleinement les droits du fisc. Ce que nous disons de l'Etat s'applique aux provinces. aux communes et aux établissements publics. Dans tous ces cas il s'agit d'intérêts généraux à sauvegarder : inscription pourra donc être prise sur tous les biens des comptables, sans que ceux-ci aient le droit d'en demander la réduction.

259. Il y a des priviléges ou hypothèques légales, antérieurs à la loi hypothécaire, qui sont dispensés d'inscription. La loi du 26 décembre 1817 confère au fisc un privilége ou une hypothèque sur les immeubles de la succession pour la perception de l'impôt qu'elle établit. Cette hypothèque est occulte. On a soutenu que la loi de 1817 était abrogée, sous ce rapport, par la loi du 16 décembre 1851, qui soumet toutes les hypothèques à la publicité. La cour de Bruxelles n'a pas admis cette interprétation, et avec raison. Il résulte du texte et de l'esprit de la loi qu'elle n'a pas entendu régir les droits du trésor public. L'article 14 maintient expressément les lois anciennes. Cette disposition ne fait qu'appliquer une règle générale d'inter-

prétation. Les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales; or, les lois qui concernent les droits du fisc sont essentiellement spéciales, elles n'ont rien de commun avec la législation générale du code civil et de la loi hypothécaire qui remplace le titre des *Hypothèques*. Le rapport de la commission est dans le même sens (1).

ARTICLE 2. De l'hypothèque légale des mineurs, interdits et aliénés (2).

260. Le § Ier de la section I est intitulé comme suit : « Des *garanties* à fournir par les tuteurs dans l'intérêt des *mineurs* et des *interdits*. » Pourquoi la loi parle-t-elle des *garanties*, au lieu de mentionner l'*hypothèque légale?* C'est qu'elle contient des dispositions destinées à garantir les intérêts des incapables dans le cas où le tuteur n'aurait pas d'immeubles et dans le cas où les immeubles du tuteur seraient insuffisants (art. 55-57). La loi comble une lacune que présentait le code civil. Quand le tuteur n'avait pas d'immeubles, la garantie réelle du mineur était nulle; elle était insuffisante quand la fortune immobilière du tuteur n'était pas en rapport avec les droits éventuels du mineur; et le code ne lui en donnait pas d'autre. Nous avons dit, en traitant de la tutelle, quelles sont les dispositions nouvelles que la loi belge a portées en faveur des mineurs. La loi donne encore une garantie aux mineurs en ce qui concerne le remboursement des capitaux non exigibles, ou de créances à terme qui ne doivent échoir qu'après la majorité du pupille (art. 61); nous avons fait connaître cette innovation au titre de la *Tutelle* (t. V, n°s 53, 59 et 61).

L'article 62 de la loi hypothécaire dispose que l'article 55 ne porte aucune atteinte aux droits que les articles 384-387 et 453 assurent aux père et mère. Il s'agit de l'usufruit légal. Les père et mère ayant la jouissance des biens appartenant à leurs enfants, le conseil de famille ne peut pas entraver cette jouissance, en ordonnant au père

(1) Bruxelles, 21 juin 1877 (*Belgique judiciaire*, 1877, p. 1073).
(2) Timmermans, *De la tenue des tutelles et du droit de contrôle des tribunaux* (Bruxelles, 1874).

ou à la mère tuteurs de verser l'excédant des revenus sur les dépenses dans la caisse des dépôts et consignations. Pourra-t-il ordonner le dépôt des capitaux? Cela nous paraît douteux, car ce serait réduire le père ou la mère aux intérêts minimes que paye la caisse des dépôts et consignations (1).

261. Le § 1er ne parle pas des aliénés non interdits qui sont placés dans un hospice ou dans une maison de santé. Comme l'administrateur qui est nommé pour gérer leurs biens exerce les fonctions du tuteur, on doit appliquer, par analogie, à l'hypothèque légale des aliénés ce que la loi dit de l'hypothèque légale des interdits et des mineurs.

§ Ier. *Des personnes soumises à l'hypothèque légale.*

262. Les mineurs et interdits ont une hypothèque sur les biens de leur *tuteur*. Tout tuteur est donc soumis à l'hypothèque; mais tout administrateur ne l'est pas, quand même l'administration intéresserait des mineurs ou des interdits : il faut que l'administration soit une tutelle pour qu'il y ait lieu à l'hypothèque légale. Tel est le principe; il sert à décider les difficultés assez nombreuses qui se sont élevées sur le point de savoir quelles sont les personnes soumises à l'hypothèque des mineurs. L'hypothèque légale étant de stricte interprétation, la solution est très-simple : il ne peut pas y avoir d'hypothèque légale sans tutelle, et dans toute tutelle il y a une hypothèque légale. Si les interprètes s'en étaient tenus au texte et au principe qui en découle, il n'y aurait jamais eu de controverse en cette matière.

263. Quand y a-t-il tutelle? Le titre de la *Minorité* répond à la question. Il y a une tutelle du survivant des père et mère, une tutelle déférée par le père ou la mère, une tutelle des ascendants et une tutelle déférée par le conseil de famille. La tutelle de l'interdit est, en général, dative, et l'administration des biens des aliénés l'est toujours. Dans

(1) Comparez Martou, *Commentaire*, t. II, p. 429, n° 878.

tous ces cas, il y a lieu à l'hypothèque légale. Il se peut que le tuteur soit lui-même mineur (art. 442, 1°); cela n'empêche pas qu'il soit soumis à l'hypothèque légale. Cette hypothèque existe sans consentement; on ne peut donc pas dire de l'hypothèque légale ce que l'article 73 (code civil, art. 2124) dit de l'hypothèque conventionnelle: le tuteur ne doit pas avoir la capacité d'aliéner, parce que ce n'est pas lui qui consent l'hypothèque; elle existe en vertu de la loi seule (1).

264. Quand la mère survivante se remarie, et que le conseil de famille lui conserve la tutelle, il lui donne nécessairement pour *cotuteur* le second mari (art. 396). Le *cotuteur* est un tuteur, c'est lui qui, de fait et de droit, gère la tutelle, il est solidairement responsable de la gestion; donc il est frappé de l'hypothèque légale (2).

La mère tutrice qui veut se remarier doit convoquer le conseil de famille, qui décide si la tutelle doit lui être conservée. A défaut de cette convocation, elle perd la tutelle de plein droit (art. 395). Si elle continue à la gérer de fait, restera-t-elle soumise à l'hypothèque légale? L'affirmative est généralement admise, sauf le dissentiment de Duranton (3). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur la tutelle de fait (t. IV, n° 390), il ne peut être question d'une hypothèque légale sur les biens d'un tuteur de fait, puisqu'il n'y a pas de tutelle dans le sens légal du mot; et il n'y a pas de texte qui l'établisse sur les biens d'une personne qui gère illégalement la tutelle. Or, dans l'espèce, il n'y a plus, légalement parlant, de tuteur : la mère tutrice cesse de l'être, car elle perd de plein droit la tutelle; donc la tutelle est vacante, et il devrait être procédé à la nomination d'un tuteur par le conseil de famille. La mère usurpe une gestion qui ne lui appartient pas. Y a-t-il un texte qui grève d'une hypothèque les biens de celui qui exerce illégalement la tutelle? Non. Cela est décisif, car sans loi il ne saurait y avoir d'hypothèque légale. On objecte que l'article 395 qua-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 362, n° 769.
(2) Pont. t. I, p. 533, n° 449.
(3) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 209, note 13, § 264 *bis*. Il faut ajouter Bruxelles, 3 février 1830 (*Pasicrisie*, 1830, p. 32).

lifie de tutelle l'administration que la mère continue ; l'objection n'est pas sérieuse ; il est impossible que la loi considère la mère comme tutrice, alors qu'elle vient de dire qu'elle est déchue de la tutelle; c'est donc une tutelle illégale qu'elle gère, et la loi n'établit d'hypothèque que dans la tutelle légale. Il y a une lacune dans la loi, cela est certain; si le mineur a une garantie contre le tuteur légal, à plus forte raison devrait-il en avoir quand le tuteur gère illégalement la tutelle. La doctrine et la jurisprudence ont comblé la lacune sans droit, car il n'appartient qu'au législateur d'établir une hypothèque légale. Ce qui prouve qu'il y a lacune, c'est qu'il serait impossible, légalement parlant, de prendre une inscription nouvelle sur les biens de la mère, dans le cas où cette inscription deviendrait nécessaire par suite d'un accroissement de fortune advenu au mineur; le conseil de famille ne pourrait pas prendre de délibération, parce que légalement il n'y a plus de tutelle.

Nous devons ajouter que la commission de la chambre des représentants a résolu la question en sens contraire. On lit dans le rapport de M. Lelièvre : « La mère tutrice qui convole à de secondes noces perd la qualité de tutrice, mais il est bien entendu que les effets de l'inscription prise à sa charge dès l'ouverture de la tutelle continuent de subsister. » *Il est bien entendu* (1)! En théorie, oui; au point de vue des textes, non. La commission aurait bien fait, dans ce cas, comme dans beaucoup d'autres, de formuler son avis en article de loi, car l'avis des commissions n'a aucune force légale.

On demande si le nouveau mari sera soumis à l'hypothèque légale quand la mère est déchue de la tutelle pour n'avoir pas convoqué le conseil de famille. La question est controversée (2). A notre avis, il n'y a ni tutelle ni hypothèque. Le texte de la loi le dit; d'après l'article 596, c'est le conseil de famille qui *donne* le second mari pour cotuteur à la mère conservée dans la tutelle. Pour qu'il y ait *cotutelle*, il faut donc que le conseil de famille conserve la

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 375).
(2) Voyez, en sens divers, Pont, t. I, p. 536, nº 500, et les autorités qu'il cite.

tutelle à la mère et lui *donne* ensuite le nouveau mari pour cotuteur; sans l'intervention du conseil de famille, il n'y a pas de cotuteur, partant pas d'hypothèque. Il est inutile d'insister, parce que, dans le système de la loi belge, l'hypothèque, quand même on l'admettrait, serait purement nominale. En effet, elle doit être spécialisée par le conseil de famille, qui donne le second mari pour cotuteur à la mère; or, il n'y a pas de conseil de famille et pas de nomination d'un cotuteur. La prétendue hypothèque n'étant pas spécialisée, ne peut être inscrite; et sans inscription, l'hypothèque ne produit aucun effet (1). C'est une nouvelle lacune. L'article 395 déclare le nouveau mari solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle que la mère a indûment conservée : là où il y a responsabilité pour une gestion tutélaire, quoique illégale, il devrait aussi y avoir une garantie hypothécaire pour le mineur.

265. L'absence donne-t-elle ouverture à la tutelle et, par suite, à l'hypothèque légale? Quand il y a tutelle, il y a hypothèque légale; tandis que l'administration qui n'est pas une tutelle n'est point soumise à l'hypothèque légale. La question se réduit donc à savoir dans quels cas il y a tutelle en cas d'absence. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siége de la matière (t. II, n[os] 145, 148, 149, 219 221).

266. Le tuteur officieux est-il soumis à l'hypothèque légale? Nous avons examiné la question au titre de l'*Adoption* (t. IV, n° 240). La doctrine s'est prononcée pour l'affirmative, sauf le dissentiment de Pont (2). Il va sans dire que si le tuteur officieux n'a pas l'administration des biens, ou si le mineur n'a pas de biens, le conseil de famille décidera qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription sur les biens du tuteur.

267. En matière de substitution fidéicommissaire, il y a un tuteur qui n'a rien de commun avec la tutelle proprement dite, sauf le nom. Il ne peut donc pas être question d'une hypothèque légale sur les biens du tuteur à la substi-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 361, n° 768.
(2) Pont, t. I, p. 529, n° 495, combattu par Aubry et Rau, t. III, p. 209, note 12, § 264 *bis*.

tution. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations* (t. XIV, n° 538).

268. Il y a des cas dans lesquels on nomme un tuteur pour représenter le mineur dans une affaire spéciale : on appelle ces représentants tuteurs *ad hoc* (art. 318, 838). Il va de soi qu'ils ne sont pas soumis à l'hypothèque légale, car ils n'ont pas d'administration.

269. Le subrogé tuteur porte aussi le nom de *tuteur*, et comme il est responsable, on pourrait croire qu'il est soumis à l'hypothèque légale. Telle avait été, en effet, la décision du conseil d'Etat, mais la disposition qu'il avait adoptée fut retranchée, sur la proposition du Tribunat. On lit dans les observations de la section de législation : « Il est de l'intérêt de la société de dégager, autant que possible, les immeubles des hypothèques. Or, il n'y a pas de nécessité d'imprimer l'hypothèque légale sur les biens du subrogé tuteur ; pour la sûreté de sa responsabilité, il est raisonnable de se contenter de l'action que le mineur peut exercer contre lui lorsqu'il y a lieu de réclamer cette responsabilité. On devrait craindre d'ailleurs que les citoyens ne fissent tous leurs efforts pour éloigner d'eux les fonctions de subrogé tuteur, s'ils devaient être grevés d'une hypothèque aussi générale (1). » C'est l'opinion de tous les auteurs.

270. Il y a des personnes qui doivent être assistées, pour certains actes, d'un curateur ou d'un conseil, ce sont les mineurs émancipés, les prodigues et les faibles d'esprit : ont-ils une hypothèque légale sur les biens de ceux qui les assistent? La négative est si évidente, qu'on ne devrait pas même poser la question : il n'y a pas de tutelle, donc il ne peut y avoir d'hypothèque légale. Il en est de même de l'administration provisoire que la loi organise dans la procédure en interdiction (art. 497). L'administrateur provisoire étant chargé d'une gestion, à raison de l'incapacité de la personne dont l'interdiction est poursuivie, la loi aurait pu le soumettre à l'hypothèque légale; mais elle ne l'a pas fait, sans doute par les raisons qui ont en-

(1) Observations du Tribunat, n° 12 (Locré, t. VIII, p. 230).

gagé le législateur à ne pas étendre cette garantie au subrogé tuteur : on ne doit pas multiplier inutilement les inscriptions hypothécaires (1). Il en est de même de ceux qui gèrent provisoirement la tutelle en vertu de l'obligation que la loi leur impose (art. 394, 419 et 440) : une gestion de si peu de durée n'exigeait pas une garantie qui, de sa nature, est permanente; la nécessité d'inscrire l'hypothèque et de radier ensuite l'inscription aurait occasionné des frais frustratoires que la loi a sagement évités en se contentant de l'action personnelle contre les administrateurs.

271. Il y a une administration aussi longue et aussi importante que la tutelle, c'est celle du père pendant la durée du mariage. Est-il soumis à l'hypothèque légale? La question est controversée (2); elle n'aurait jamais dû paraître douteuse. Il suffit, pour la décider négativement, que le père administrateur ne soit pas tuteur; et peut-il y avoir une hypothèque légale du chef de tutelle, alors qu'il n'y a point de tutelle? Vainement dit-on qu'il y a même raison de décider, puisque l'administration légale est identique avec la gestion tutélaire. Il y aurait analogie, que l'on ne pourrait en tenir aucun compte, car l'analogie ne suffit point pour étendre une hypothèque légale. Les travaux préparatoires de notre loi hypothécaire fournissent un nouvel argument à l'appui de cette opinion. On avait proposé de soumettre le père administrateur à l'hypothèque légale. Le rapport de la commission du sénat discute la question sous toutes ses faces, et il conclut au rejet de la proposition, par le motif que l'hypothèque que l'on donnerait à un enfant contre son père porterait atteinte à l'autorité, ou du moins à la considération du père; que l'intervention des parents appelés à spécialiser l'hypothèque, à la faire inscrire, pourrait susciter des divisions dans la famille, et qu'enfin l'expérience ne réclamait pas ce changement (3). Ce dernier motif nous paraît déterminant.

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 207, note 7, § 264 *bis*.
(2) Voyez les citations dans Pont, t. I, p. 527 et les notes. Il faut ajouter, dans le sens de la négative, Bruxelles, 22 mai 1819; Liége, 3 mars 1821 et 28 mars 1822 (*Pasicrisie*, 1819, p. 385; 1821, p. 322; 1822, p. 97).
(3) D'Anethan, 2e Rapport (Parent, p. 480 et suiv.).

Il se peut néanmoins que le mineur ait une hypothèque sur les biens de son père administrateur. Le testateur fait un legs en faveur d'un enfant mineur ayant encore ses père et mère; il ajoute comme condition que le père n'aura l'administration qu'à charge de fournir hypothèque pour la garantie de sa gestion. On peut contester la validité de la condition, puisque l'administration légale et l'hypothèque légale sont d'ordre public. En supposant que la condition soit valable, le père devra constituer une hypothèque sur ses biens; mais cette hypothèque n'est pas légale, elle est conventionnelle (1).

Il s'est présenté un cas dans lequel l'enfant avait une hypothèque légale sur les biens de son père, non de son chef, mais comme héritier d'un autre enfant du même père, qui, né d'une autre mère, s'était trouvé, au prédécès de celle-ci, sous la tutelle légale de son père. Celui-ci ayant une hypothèque légale pour les droits qu'il avait contre son père tuteur, il transmet ces droits, avec l'hypothèque qui y était attachée, à l'enfant placé sous l'administration légale du père commun (2).

§ II. *Des créances garanties par l'hypothèque.*

272. L'article 47, qui énumère les hypothèques légales, porte que les *droits* et *créances* auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont *ceux* des mineurs et interdits sur les biens de leur tuteur. Il suit de là que tous les *droits* et *créances* qu'un *mineur* peut avoir contre son *tuteur* sont garantis par l'hypothèque légale; la nature des créances est déterminée et limitée par les mots *mineur* et *tuteur*; il faut que le mineur soit créancier à titre de pupille et que le tuteur soit débiteur à raison de la tutelle qu'il a gérée. Quels sont les droits qu'un mineur peut avoir contre son tuteur? La loi hypothécaire veut que les créances du mineur soient spécialisées; comme base de cette spécialisa-

(1) Rejet, 30 avril 1833 (Sirey, 1833, 1, 466). Aubry et Rau, t. III, p. 206, § 264 *bis*, note 4.
(2) Bordeaux, 19 mars 1875 (Dalloz, 1877, 2, 25)

tion, elle indique les causes d'où procèdent les droits du mineur contre son tuteur. C'est d'abord la fortune du mineur : elle constitue le chapitre des recettes dans le compte que le tuteur doit rendre. Le tuteur reçoit les biens qu'il est chargé d'administrer, il touche les revenus et les capitaux qui sont remboursés : voilà ses recettes. Il porte en compte ses dépenses, et il est débiteur du reliquat. Telle est la créance ordinaire du pupille contre son tuteur; si celui-ci a négligé de comprendre parmi les recettes des sommes qu'il a touchées, le mineur a action, et une hypothèque pour la garantie des droits qu'il est obligé de réclamer en justice. Cette créance procède directement de l'obligation qui incombe au tuteur de rendre compte des biens du mineur dont il a eu la gestion.

L'article 49 veut encore que le conseil de famille ait égard aux éventualités de la responsabilité du tuteur. Aux termes de l'article 450 du code Napoléon, le tuteur doit administrer les biens du mineur en bon père de famille, et il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Cette responsabilité s'applique d'abord aux actes que le tuteur a le droit de faire seul sans l'intervention du conseil de famille : donner à bail ou prendre à bail, faire emploi des capitaux et des revenus, poursuivre le recouvrement des créances. Voilà des actes ordinaires de gestion; le tuteur est responsable s'il cause un préjudice au mineur en gérant mal; par exemple, il néglige de louer les biens du pupille, ou il les loue à des conditions désavantageuses; il ne fait pas emploi des revenus, dans les cas où il était tenu de le faire, ou il en fait un emploi préjudiciable au mineur; il ne poursuit pas les débiteurs, et ceux-ci deviennent ensuite insolvables, ou la créance du mineur s'éteint par la prescription, faute par le tuteur de l'avoir interrompue. Le tuteur ne cesse pas d'être responsable, alors même qu'il agit avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal; dès qu'on peut lui imputer une faute dont il est tenu de répondre, le mineur a action, et toute action naissant d'une faute commise par le tuteur est garantie par l'hypothèque légale. A plus forte raison, le tuteur est-il responsable quand il a

agi irrégulièrement, sans se faire autoriser dans les cas où l'autorisation est requise, ou sans demander l'homologation du tribunal, alors qu'elle est nécessaire. Le mineur a, dans ce cas, deux actions : il peut agir en nullité et il peut réclamer des dommages-intérêts contre le tuteur. Il a le choix; de ce qu'il pourrait agir en nullité, on ne peut pas induire qu'il n'a pas l'action en dommages-intérêts garantie par son hypothèque légale; le mineur peut donc maintenir la vente que son tuteur aurait faite sans y être autorisé, et agir contre lui en dommages-intérêts (1). L'action en nullité s'intente contre les tiers; si, malgré l'annulation, le mineur souffrait un préjudice, il aurait une action contre le tuteur, garantie par l'hypothèque légale, car le préjudice résulte d'une faute que le tuteur a commise dans sa gestion.

273. Tel est le principe. Nous donnerons quelques applications empruntées à la jurisprudence. Le tuteur était débiteur de son pupille avant son entrée en gestion, ou il l'est devenu pendant le cours de la tutelle pour des causes indépendantes de sa gestion. On demande si l'action que le mineur a, de ce chef, contre le tuteur est garantie par l'hypothèque légale? Oui, si la dette échoit pendant le cours de la tutelle; en effet, le tuteur a dû, dans ce cas, l'exiger de lui-même; s'il ne le fait pas, il est responsable, aussi bien que lorsqu'il néglige de poursuivre un tiers, débiteur du pupille. Mais si la dette n'échoit qu'après l'expiration de la tutelle, le pupille n'a qu'une action personnelle; dans ce cas, la gestion du tuteur est hors de cause, il n'y a aucune faute à lui imputer; d'un autre côté, le tuteur n'était tenu de porter en compte que l'action du mineur, et cette action, le mineur la conserve; action purement personnelle, comme celle qu'il aurait contre tout tiers débiteur. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

274. Il a été jugé, par application de ces principes, que le tuteur répond sur ses biens de la prescription que les tiers ont acquise pendant le cours de la tutelle (3). Le pre-

(1) Bourges, 28 avril 1838 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1058). Grenoble, 19 juillet 1849 (Dalloz, 1851, 2, 10).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 212, note 20, § 264 *bis*.
(3) Pau, 19 août 1850 (Dalloz, 1851, 2, 9).

mier devoir du tuteur est de conserver les biens du mineur; il doit donc interrompre la prescription qui court à son préjudice; s'il ne le fait pas, il est responsable, et toute action en responsabilité est garantie par l'hypothèque légale. Il en est de même dans le cas où le tuteur néglige d'accepter une donation faite au mineur, ou de la faire transcrire; l'article 942 dit que les mineurs ont un recours contre le tuteur, s'il y échet. La cour de cassation a confirmé un arrêt qui avait admis l'exercice de l'hypothèque légale de ce chef, bien que la donation fût faite par le tuteur lui-même; nous avons dit ailleurs les difficultés qui se présentent, dans ce cas, sur le point de savoir si le tuteur est responsable (t. XII. n°s 261-263); dès qu'on admet la responsabilité, l'hypothèque légale en est la conséquence nécessaire.

275. L'hypothèque existe sur les biens du père tuteur; cela est d'évidence. Mais le père est non-seulement administrateur, il est aussi usufruitier; le droit de jouissance que la loi lui accorde modifie-t-il la responsabilité qui lui incombe et, par suite, l'exercice de l'hypothèque légale? La négative est de jurisprudence (1), et elle ne nous paraît pas contestable. Le *droit* de jouir comme usufruitier n'empêche pas l'*obligation* que le père a d'administrer en bon père de famille; donc, dès qu'il cause un dommage à ses enfants par une mauvaise gestion, il est responsable sur ses biens, sans qu'il puisse opposer qu'il a le droit de jouir; son droit de jouissance même est limité, puisque tout usufruitier doit jouir en bon père de famille; et, dans l'espèce, son droit est encore plus restreint par l'obligation qui lui est imposée d'administrer, sous peine d'être responsable de sa mauvaise gestion. Quant au point de savoir s'il y a mauvaise gestion et de quelle faute le tuteur répond, nous renvoyons au titre de la *Tutelle* et à ce qui a été dit, au titre des *Obligations*, sur la théorie des fautes.

276. La question de savoir si les deniers sont pupillaires a donné lieu à une difficulté de droit. Des immeubles

(1) Bruxelles, 10 mai 1809 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1009); Bourges, 6 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 300).

dépendants de la communauté qui avait existé entre les père et mère étaient indivis entre le père survivant et son fils; l'indivision ne cessa que par une licitation intervenue après la majorité de l'enfant. Celui-ci avait-il une hypothèque légale pour la garantie du prix de licitation? Non, car sa part dans le prix ne constituait pas une créance pupillaire, le droit de l'enfant ayant pris naissance après sa majorité. Dans l'intérêt de l'enfant, on disait que la licitation équivalait au partage, et que le partage rétroagissait au jour où l'indivision avait commencé. La cour de Rennes répond que c'est faire une fausse application de l'article 883; si le partage est déclaratif de propriété, il n'en résulte pas que le prix de licitation soit dû à une époque où l'indivision subsistait : il ne peut pas y avoir de créance de prix alors qu'il n'y a point de vente, et le père ne peut pas porter en compte à son fils un prix qui n'est pas dû à celui-ci (1).

277. L'hypothèque légale garantit les accessoires de la créance aussi bien que le capital. Parmi les accessoires sont compris les intérêts échus pendant la tutelle, mais avec la restriction qui résulte de l'article 87, sur laquelle nous reviendrons en traitant de l'inscription hypothécaire (2). Les frais du compte sont à la charge du mineur; il n'en est pas de même des frais des incidents élevés dans l'instance en reddition de compte et sur lesquels le tuteur succombe: quoique l'instance soit postérieure à la tutelle, le mineur doit obtenir sans frais ce qu'il a réclamé contre son tuteur, puisque le jugement ne fait que déclarer son droit (3). En ce sens, les frais sont un accessoire de la créance principale.

278. Que faut-il décider des intérêts qui courent depuis la majorité? La cour de Gand a jugé que l'hypothèque légale ne s'étendait pas à ces intérêts (4). C'est une application du principe que nous avons établi, au titre de la

(1) Rennes, 31 mars 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2111).
(2) Bourges, 28 avril 1838 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1058).
(3) Pau, 19 août 1850 (Dalloz, 1851, 2, 5).
(4) Gand, 3 février 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 178). En sens contraire, quant aux intérêts, Gand, 29 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 137).

Tutelle, en ce qui concerne les frais de gestion postérieur à la tutelle. Le principe est très-controversé (t. V, n[os] 117-119); mais l'application au régime hypothécaire ne saurait être douteuse, d'après les principes nouveaux qui régissent l'hypothèque légale. Celle-ci est soumise à l'inscription, et l'inscription ne peut être prise que pour les deniers pupillaires et pour garantir la responsabilité du tuteur. Or, quand la tutelle a pris fin, il n'y a plus ni deniers pupillaires, ni responsabilité du tuteur; il y a une nouvelle créance distincte de celle pour laquelle inscription a été prise; or, l'inscription ne conserve que les créances pour lesquelles elle a été prise (1).

§ III. *Des biens grevés de l'hypothèque. Spécialisation.*

279. L'hypothèque des mineurs et interdits grève tous les biens du tuteur présents et à venir (n° 257), mais elle doit être spécialisée par le conseil de famille avant d'être inscrite. La délibération qui spécialise l'hypothèque a-t-elle pour effet de la rendre conventionnelle? Ainsi posée, la question n'a point de sens. Ce qui caractérise l'hypothèque légale, c'est qu'elle existe en vertu de la loi, c'est-à-dire de plein droit, et sans qu'il faille le consentement, ni du créancier, ni du débiteur; cela exclut toute idée de convention (n° 189). Cependant les auteurs, et la loi elle-même quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme, se servent d'expressions dont on pourrait induire qu'ils considèrent l'hypothèque comme conventionnelle, par suite de la spécialisation qui en doit être faite. Ainsi l'on dit que le conseil de famille *prend* hypothèque, ou que l'hypothèque est *constituée* par lui; la loi dit que la femme *stipule* une hypothèque par son contrat de mariage (art. 64 et 66). Toutes ces expressions sont inexactes. Quand la loi accorde une hypothèque, il ne s'agit plus de la *prendre*, elle existe de plein droit; le conseil de famille ne la *constitue* pas, il la spécialise; la femme ne *stipule* pas d'hypothèque,

(1) Comparez Martou, t. II, p. 368, n° 785.

car la stipulation implique une convention, et l'hypothèque est établie par la loi, sans convention aucune. Ce qui est vrai, c'est que l'hypothèque légale ne devient efficace que par l'inscription, et elle ne peut être inscrite qu'après avoir été spécialisée; mais cette spécialisation ne change pas la nature de l'hypothèque, elle reste ce qu'elle est de son essence, légale. Conçoit-on qu'une hypothèque soit tout ensemble légale et conventionnelle, alors que l'hypothèque est légale, en ce sens qu'elle existe sans convention?

280. Nous insistons sur l'exactitude du langage, parce qu'il est rare que le langage inexact ne conduise à des idées inexactes. Ainsi un interprète de la loi belge va jusqu'à dire que l'hypothèque légale du mineur est conventionnelle, parce que le tuteur y consent, soit expressément, soit tacitement (1). L'erreur est palpable. Il n'est pas vrai que le tuteur consent à l'hypothèque, puisqu'elle existe de plein droit en vertu de la loi. Il n'est pas même vrai qu'il consent à la spécialisation. C'est le conseil de famille qui spécialise l'hypothèque du mineur, la loi dit seulement que le tuteur doit être *entendu* ou *appelé*. Que le tuteur réponde à l'appel ou non, qu'il le veuille ou qu'il ne le veuille pas, le conseil de famille spécialisera l'hypothèque, parce que la loi lui en fait une obligation. Alors même que le tuteur est entendu, il ne consent pas; ce qui le prouve, c'est qu'après avoir été entendu, il peut former opposition à la délibération (art. 50 et 51); et, malgré son opposition, le tribunal peut maintenir la délibération du conseil de famille. Ainsi, bien loin que l'hypothèque soit conventionnelle, la spécialisation ne l'est même pas. Il y a plus: alors même que l'hypothèque serait spécialisée par convention, comme cela se fait pour l'hypothèque de la femme à raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, l'hypothèque n'en reste pas moins légale, car les conventions des parties ne peuvent pas modifier l'essence d'un droit qui est d'ordre public.

281. L'auteur que nous nous permettons de critiquer compare le conseil de famille à un notaire qui reçoit un

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 173 notes, p. 186, et *passim*.

contrat d'hypothèque (1). C'est une conséquence de la première erreur et une erreur nouvelle. Le notaire intervient pour donner l'authenticité à la convention qui constitue l'hypothèque; tandis que le conseil de famille intervient pour spécialiser l'hypothèque, en remplissant une mission que la loi lui confie. On ne peut assimiler l'hypothèque légale spécialisée par le conseil à une hypothèque conventionnelle qui, pour exister, doit être reçue dans la forme authentique. Quand un droit existe en vertu de la loi, il ne s'agit plus de formes; l'hypothèque légale n'est pas un acte solennel, cela est contradictoire dans les termes : la solennité de l'hypothèque tient à la manifestation authentique du consentement, et l'hypothèque légale existe sans consentement. Il n'y a aucune analogie entre le rôle du notaire et celui du conseil de famille. Le notaire n'est pas appelé à spécialiser, il rédige les conventions des parties; ce sont celles-ci qui doivent indiquer le montant de la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque est constituée, et déterminer les biens qui sont frappés de l'hypothèque. La mission du conseil de famille est tout autre; il agit comme autorité investie d'un pouvoir, pouvoir qui est aussi une charge, comme le sont tous les pouvoirs exercés dans un intérêt public. En effet, le conseil de famille n'intervient pas seulement dans l'intérêt du mineur, pour donner de l'efficacité à son hypothèque, il intervient aussi dans l'intérêt des tiers et, partant, dans un intérêt social; car c'est dans l'intérêt de la société que la loi a établi les principes de spécialité et de publicité, et c'est aussi dans un intérêt social que les hypothèques légales doivent être spécialisées et rendues publiques.

Ces notions sont de théorie, mais la théorie gouverne la pratique, et l'on n'est jamais sûr qu'une erreur sur les principes les plus élémentaires ne conduise pas à une erreur dans l'application de la loi; nous en avons donné bien des exemples dans le cours de notre travail.

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 293 et *passim*.

N° 1. PAR QUI ET QUAND L'HYPOTHÈQUE LÉGALE EST-ELLE SPÉCIALISÉE?

282. C'est le conseil de famille qui est appelé à spécialiser l'hypothèque légale du mineur, de l'interdit et, par suite, de l'aliéné. Dans le système du code Napoléon, le conseil de famille est chargé de veiller aux intérêts du mineur; et comme la spécialisation se fait dans son intérêt, il a paru naturel de charger le conseil du soin de sauvegarder les droits des mineurs. Le tribunal intervient également, soit sur l'opposition formée contre les délibérations du conseil de famille (art. 51), soit pour les homologuer (art. 60); il exerce encore une surveillance sur l'action des conseils de famille et des juges de paix qui les président. Cette intervention de la justice pour la conservation des droits appartenant aux mineurs est un élément essentiel de notre système hypothécaire. A notre avis, c'est la seule garantie réelle qui assure l'efficacité de l'hypothèque que la loi donne aux incapables. Il ne faut pas compter sur les conseils de famille : l'ignorance, d'une part, et, d'autre part, une coupable indifférence paralysent leur action. A la vérité, ils sont présidés par un magistrat, mais il est à craindre que les juges de paix aussi n'apportent pas à l'exercice de leurs fonctions le zèle qui est nécessaire pour éclairer les familles et pour stimuler leur activité. Le législateur a donc fait sagement en plaçant les conseils et les juges de paix sous la direction des tribunaux. C'est au gouvernement de veiller à ce que cette surveillance devienne une réalité. La publicité serait un moyen puissant pour atteindre ce but. Il se fait chaque année une enquête sur l'exécution de la loi : qu'on rende cette enquête publique; qu'on signale les tribunaux qui ne remplissent pas leurs devoirs, et qu'au besoin on recoure au pouvoir disciplinaire des cours d'appel.

283. L'hypothèque légale des mineurs ne produit d'effet que si elle est inscrite, et c'est l'inscription qui détermine son rang. Il importe donc que l'inscription se fasse avant que le tuteur entre en gestion; car, dès qu'il gère, il peut compromettre les intérêts du pupille, et, par conséquent,

celui-ci doit avoir une garantie dès l'instant où la gestion tutélaire commence. Tel est le système de la loi : elle veut que l'hypothèque soit spécialisée lors de la nomination du tuteur, ou avant l'entrée en exercice de toute tutelle (article 49); et elle défend au tuteur de s'ingérer dans la gestion avant que l'inscription soit prise (art. 52). Nous reviendrons plus loin sur l'inscription; pour le moment, il n'est question que de la spécialisation; elle est nécessaire pour que l'inscription puisse être faite, il faut donc que l'hypothèque soit spécialisée le plus tôt possible. Si la tutelle est dative, le conseil doit spécialiser l'hypothèque dans la même séance où il procède à la nomination du tuteur. Telle est la disposition expresse de la loi; mais il peut arriver que l'exécution en soit impossible. Si le tuteur n'est pas sur les lieux, ou s'il propose des excuses, le conseil se trouvera dans l'impossibilité de procéder à la spécialisation, car le tuteur doit être entendu (art. 50) sous peine de nullité. Dans ces cas, il faut une nouvelle réunion du conseil de famille; le juge de paix veillera à ce que l'assemblée fixe sa séance au plus bref délai.

Le plus souvent la tutelle sera légitime, soit celle du survivant des père et mère, soit celle des ascendants : la tutelle peut encore être déférée par le dernier mourant des père et mère. Dans ces cas, la loi veut que le conseil de famille spécialise l'hypothèque du mineur avant l'entrée en exercice du tuteur. Il faut donc qu'il soit convoqué à cet effet. Aux termes de l'article 421 du code Napoléon, le tuteur légitime ou testamentaire doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer un conseil de famille pour la nomination d'un subrogé tuteur. Ce même conseil devra procéder à la spécialisation de l'hypothèque.

284. L'efficacité de l'hypothèque du mineur dépend de la spécialisation; il importe donc d'assurer la convocation du conseil de famille avant l'entrée en gestion du tuteur. Qui convoquera le conseil? La loi hypothécaire garde le silence sur ce point; elle s'en rapporte par cela même au droit commun. Aux termes de l'article 406, le conseil de famille est convoqué sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties

intéressées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Afin d'avertir le juge de paix de la nécessité de convoquer le conseil, la loi ajoute que toute personne pourra lui dénoncer le fait qui donne lieu à l'ouverture de la tutelle. C'est surtout quand il s'agit de spécialiser l'hypothèque légale que le juge de paix doit prendre l'initiative; les tiers peuvent être intéressés à ce que l'inscription ne se fasse point, puisqu'une hypothèque non inscrite ne peut leur être opposée, et sur les parents il ne faut pas compter.

On demande si le procureur du roi peut requérir la convocation du conseil. Le projet de loi lui donnait ce droit, mais la disposition a été retranchée, sans doute parce que l'article 406 paraissait suffisant. Or, le procureur du roi n'est pas compris parmi les personnes qui peuvent demander la convocation du conseil de famille (t. IV, n° 453) (1); et il faut avouer que les officiers du ministère public sont rarement dans le cas de connaître le fait qui leur donnerait le droit d'intervenir; tandis que les juges de paix sont sur les lieux, ou ils sont informés de l'ouverture des tutelles, qui leur donne le droit et leur impose l'obligation d'agir.

285. La loi veut que l'hypothèque soit spécialisée et inscrite avant l'entrée en gestion du tuteur. Malheureusement la loi n'est pas toujours exécutée; le tuteur gère sans qu'il y ait ni spécialisation ni inscription. On demande si ces actes seront valables à l'égard des tiers. La loi ne prononce pas la nullité; l'article 49, qui traite de la spécialisation, dit simplement que le conseil y doit procéder « avant l'entrée en exercice de toute tutelle »; il ne dit pas quelle sera la valeur des actes de gestion du tuteur si l'hypothèque n'est pas spécialisée; il ne défend pas même au tuteur d'agir. L'article 52 contient cette défense dans le cas où le tuteur ne prend pas l'inscription; ce qui suppose que l'hypothèque a été spécialisée : « si le tuteur s'ingère dans la gestion avant que cette formalité ait été remplie, le conseil de famille pourra lui retirer la tutelle. » Ainsi la loi prononce une sanction; ce n'est pas la nullité de l'acte,

(1) Il y a des avis contraires (Timmermans, p. 28, note 55).

c'est la destitution du tuteur, encore est-elle facultative. Il suit de là que les actes de gestion sont valables.

Les travaux préparatoires confirment cette interprétation, bien qu'ils laissent un léger doute. D'après le projet soumis à la chambre, les actes faits par le tuteur étaient nuls à l'égard des tiers; la commission spéciale dit que le tuteur est sans qualité tant qu'il n'a pas donné au mineur les garanties légales de la fidélité de sa gestion. Cette disposition disparut par suite d'un changement de rédaction proposé par le ministre de la justice. Cela paraît décisif. Voici le motif de douter. Le rapporteur de la commission, en se ralliant aux amendements du ministre, déclara que ces changements ne concernaient que la rédaction, que la loi restait la même. De là on conclut que le système proposé par la commission doit recevoir son application. Cela nous paraît inadmissible. Les paroles du rapporteur ne peuvent pas tenir lieu d'une disposition qui n'existe point et qui, loin d'avoir été adoptée, a été retranchée (1). On peut regretter qu'elle l'ait été : c'eût été la sanction la plus énergique du système de spécialité et de publicité introduit par la loi nouvelle.

N° 2. DE LA DÉLIBÉRATION DU CONSEIL DE FAMILLE.

286. L'article 50 porte : « La délibération du conseil de famille sera motivée. » En règle générale, le conseil ne doit pas motiver ses décisions, alors même qu'elles doivent être homologuées. Pourquoi la loi fait-elle exception quand il s'agit de la spécialisation de l'hypothèque? La commission spéciale répond « qu'il importe que le conseil de famille ne se détermine qu'après mûr examen et en pleine connaissance de cause. » Nous dirons plus loin que les conseils de famille sont trop enclins à décider qu'il ne sera pris aucune inscription. Il pourrait aussi arriver qu'un conseil se montrât trop rigoureux pour le tuteur, en exigeant une garantie excessive. Dans toute hypothèse, il est

(1) Martou, t. II, p. 366, n° 799. En sens contraire, Cloes, t. II, p. 169, n°s 1174 et 1175.

bon que le conseil soit forcé de motiver sa délibération; on recule devant une mauvaise décision quand on est obligé de la motiver, et il faut ajouter : quand on sait qu'une autorité supérieure a le pouvoir de la contrôler. Or, les délibérations sur la spécialisation sont sujettes à opposition; c'est une raison de plus pour exiger que les délibérations soient motivées; le rapporteur de la chambre en a fait la remarque (1).

La délibération doit-elle être motivée sous peine de nullité? L'affirmative n'est point douteuse. C'est le cas d'appliquer le principe des nullités virtuelles. Il y a nullité virtuelle, en vertu de l'intention du législateur, quand une formalité est substantielle; et, dans l'espèce, la loi veut que la délibération soit motivée, par exception au droit commun, afin d'assurer la conservation des droits du mineur; or, toute disposition qui tend à ce but doit être considérée comme substantielle. Reste à savoir quel est le caractère de la nullité. Elle est établie dans l'intérêt du mineur surtout et aussi dans l'intérêt du tuteur; eux seuls peuvent donc s'en prévaloir, et ils doivent le faire, en formant opposition contre la délibération. Si la délibération n'est pas attaquée, elle devient irrévocable; et, dans ce cas, il ne peut plus être question d'en demander la nullité pour défaut de motifs (2).

Suffit-il que le conseil donne des motifs quelconques pour que sa délibération soit valable? Non, certes; si la loi veut que la décision soit motivée, c'est précisément pour que le conseil ne se décide que par des raisons sérieuses. Le tribunal, en cas d'opposition, pourra donc annuler la délibération, si elle n'est pas suffisamment motivée (3).

287. L'article 883 du code de procédure porte : « Toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne seront pas unanimes, l'avis de chacun des membres qui le composent sera mentionné dans le procès-verbal. » Cette disposition est-elle applicable à la délibération qui spécialise

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 23). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 133).
(2) Martou, t. II, p. 379, nos 797 et 798. Cloes, t. II, p. 183, no 1195.
(3) Liége, 12 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 370).

l'hypothèque légale du mineur? L'affirmative est enseignée par les interprètes de la loi hypothécaire (1), et elle ne nous paraît pas douteuse. L'article 883, conçu dans les termes les plus généraux, s'applique à toute délibération du conseil de famille; l'article 50 de la loi hypothécaire n'y déroge point, car prescrire que le conseil motive sa décision, c'est dire que la décision de la majorité soit motivée; cela n'empêche pas de donner les motifs de chacun des membres, c'est une garantie de plus pour le mineur dans l'affaire la plus importante dont le conseil ait à s'occuper; les raisons données par chaque membre serviront à éclairer le tribunal en cas d'opposition.

288. L'article 50 prescrit une seconde condition pour la validité de la délibération concernant l'hypothèque légale : le tuteur doit être entendu ou appelé. Sa présence est nécessaire, parce qu'il est partie en cause. La loi veut que l'hypothèque soit spécialisée afin de ménager le crédit du débiteur; il faut donc qu'il puisse discuter les éléments de la spécialisation, prouver, s'il y a lieu, que le conseil fixe à une somme trop élevée le montant du recours que le mineur pourra avoir contre lui, ou que le conseil veut prendre inscription sur plus d'immeubles qu'il n'est nécessaire pour assurer une pleine garantie au mineur. Le tuteur doit encore être entendu dans l'intérêt du pupille; c'est d'ordinaire le plus proche parent; il pourra faire connaître au conseil la fortune du mineur, et lui seul peut donner des renseignements certains sur les immeubles qui devront être frappés d'inscription (2).

La loi n'exige cependant pas que le tuteur soit toujours entendu, elle restreint cette condition au cas prévu par le § 1er de l'article 49; le § 2 de cet article permet au conseil de déclarer qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. Dans ce cas, la présence du tuteur est inutile. Alors même que le conseil décide qu'une inscription sera prise, la loi se contente de l'appel du tuteur : celui-ci n'est pas obligé de répondre à cet appel, en ce sens

(1) Martou, t. II, p. 380, n° 800. Cloes, t. II, p. 182, n° 1192.
(2) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 415).

qu'on ne peut pas le contraindre à assister à la délibération du conseil, mais aussi son refus ne peut pas empêcher le conseil de procéder à la spécialisation de l'hypothèque. Tout ce qui résultera de l'absence du tuteur, c'est que le conseil, n'étant pas éclairé par ses observations, pourra prendre une décision qui lui sera préjudiciable; le tuteur a, dans ce cas, le droit d'opposition.

On demande si la délibération est nulle dans le cas où le tuteur n'aurait pas été appelé. Sa présence est surtout requise dans son intérêt, et en ce sens la formalité est substantielle; le tuteur pourra donc demander la nullité de la délibération, en prouvant que le conseil a lésé ses droits en exagérant la garantie hypothécaire, soit quant au montant de la créance éventuelle du mineur, soit quant aux immeubles sur lesquels il a ordonné de prendre inscription. Si le tuteur n'a éprouvé aucun préjudice pour n'avoir pas été entendu, il va de soi qu'il ne pourra pas demander la nullité; c'est le cas de dire avec le vieil adage : pas de nullité sans grief (1).

289. La délibération du conseil qui spécialise l'hypothèque doit-elle être homologuée? Non; le code n'exige pas l'homologation, et il est de principe que les délibérations des conseils de famille ne doivent être homologuées que dans les cas déterminés par la loi. Elle la prescrit quand il s'agit de réduire les garanties pour cause d'excès (art. 60); elle ne soumet pas à l'homologation la délibération qui spécialise l'hypothèque. Le législateur a pensé que le droit d'opposition suffit pour sauvegarder les intérêts du mineur, et que, par suite, l'homologation aurait occasionné des frais inutiles; il faut éviter qu'on ne lèse les intérêts du mineur à force de vouloir les garantir (2).

290. L'article 51 permet aux parties intéressées de former opposition contre la délibération du conseil de famille qui a spécialisé l'hypothèque légale du mineur. C'est le droit commun; il est de principe que toute délibération du conseil peut être attaquée par la voie de l'opposition (code

(1) Martou, t. II, p. 382, n° 803.
(2) Jugement du tribunal de Bruxelles, du 2 juin 1855 (*Belgique judiciaire*, t. XIII, p. 932). Martou, t. II, p. 382, n° 803 *bis*.

de proc., art. 883). L'opposition devait surtout être admise dans une matière où il est à craindre, comme le disait le ministre de la justice, que le conseil ne sacrifie les intérêts du mineur à la crainte de blesser le tuteur; il se pourrait aussi que le conseil donnât dans l'excès contraire, par esprit d'hostilité contre le tuteur; il fallait donc, dans tous les cas, le contrôle d'une autorité supérieure et impartiale de son essence (1). C'est par la voie de l'opposition que le recours s'exerce, et non par la voie de l'appel, parce que les décisions du conseil de famille ne sont pas des jugements. Cette voie de procéder permet un nouveau recours, l'appel contre le jugement qui est rendu sur l'opposition.

L'article 51 indique les motifs pour lesquels on peut former opposition, c'est l'insuffisance des garanties ou l'excès; dans le premier cas, l'opposition a pour objet de les augmenter, et dans l'autre, de les faire réduire. Il se peut aussi que le conseil de famille, usant de la faculté que lui donne l'article 49, décide qu'il n'y a pas lieu de prendre inscription sur les biens du tuteur; il va sans dire qu'il peut être formé opposition contre cette délibération; l'opposition est de droit commun, et il n'y a pas de décision plus dangereuse pour le mineur que celle qui lui enlève toute garantie; et, comme nous le dirons plus loin, c'est précisément ce parti que les conseils de famille sont le plus disposés à prendre.

291. Qui peut former opposition? L'article 51 énumère les personnes intéressées qui ont le droit de former opposition contre la délibération du conseil qui a spécialisé l'hypothèque. C'est d'abord le tuteur : il a intérêt et droit d'attaquer la décision si elle a donné au mineur une garantie excessive; une pareille décision viole l'esprit de la loi, car, en ordonnant de spécialiser l'hypothèque, la loi a eu pour objet de proportionner la garantie hypothécaire à l'intérêt réel du mineur. L'opposition du tuteur tendant à faire réduire les garanties déterminées par le conseil de famille, la demande doit être formée contre le subrogé tuteur; c'est l'application du principe établi par l'article 420

(1) Séance du 7 février 1851 (Parent, p. 319 et suiv.).

du code Napoléon, aux termes duquel les fonctions du subrogé tuteur consistent à agir pour les intérêts du mineur, lorsqu'ils sont en opposition avec ceux du tuteur.

Le tuteur pourra-t-il faire opposition si, lors de la délibération, il avait adhéré à la décision qui a été prise? On enseigne la négative, et avec raison. Ce n'est pas que la spécialisation soit un contrat et qu'il faille le consentement du tuteur pour y procéder : la loi dit que le conseil spécialise et que le tuteur sera entendu. Le tuteur doit donc contester, s'il y a intérêt; s'il approuve, il ne peut plus revenir sur son fait. Son adhésion pourrait même être tacite; il en est ainsi de toute manifestation de volonté (1). Quand y aura-t-il acquiescement tacite? C'est une difficulté de fait, que les juges décident d'après les circonstances de la cause.

292. L'article 51 donne encore le droit de former opposition au subrogé tuteur, ainsi qu'à tout membre du conseil de famille. Leur opposition a naturellement pour objet d'augmenter les garanties que le conseil a déterminées au profit du mineur, si elles leur paraissent insuffisantes; à plus forte raison pourront-ils attaquer la délibération par laquelle le conseil a déclaré qu'il ne sera pris aucune inscription sur les biens du tuteur. L'opposition est formée contre le tuteur; c'est lui qui est partie intéressée, puisque la demande tend à aggraver sa situation hypothécaire.

Faut-il appliquer au subrogé tuteur et aux membres du conseil ce que nous avons dit du tuteur qui a acquiescé à la délibération (n° 291)? Il est de jurisprudence que les membres du conseil ne sont pas liés par l'avis qu'ils ont donné dans la délibération (2); ils n'agissent point en leur nom, ni dans leur intérêt, comme le tuteur qui est partie en cause; leur devoir est de garantir les droits du mineur; s'ils se sont trompés et si, mieux éclairés, ils veulent revenir d'une erreur qui serait préjudiciable au mineur, la loi doit leur en offrir le moyen; aussi dit-elle en termes absolus que tout membre du conseil peut former opposition.

(1) Martou, t. II, p. 383, n° 806.
(2) Voyez la jurisprudence dans Martou, t. II, p. 384, n° 808.

293. Le juge de paix peut-il former opposition? Au titre de la *Tutelle,* nous avons décidé la question négativement en termes généraux. Pour les délibérations du conseil de famille sur la spécialisation de l'hypothèque légale, il y a un texte spécial. L'article 51 donne à *tout membre* du conseil le droit de former opposition. Or, le juge de paix est membre en vertu de la loi; il est donc compris dans le texte, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Dans notre opinion, l'intervention active du juge de paix est la garantie la plus forte du mineur, et trop souvent la seule; il ne faut donc pas restreindre ses pouvoirs. Cette considération l'emporte sur celle que nous avons fait valoir, au titre de la *Tutelle,* d'après les auteurs français. Le juge de paix doit sans doute rester étranger aux passions qui agitent le conseil de famille; mais quand la majorité ne sauvegarde pas les droits du mineur, il ne doit pas hésiter à prendre parti pour lui. Telle est aussi l'interprétation que M. d'Anethan, le rapporteur de la commission du sénat, a donnée à la loi (1); la doctrine et la jurisprudence belge l'ont consacrée (2).

294. L'opposition doit être formée dans la huitaine (art. 51). C'est un très-bref délai; la loi veut que la garantie du mineur soit fixée le plus tôt possible; cela est surtout nécessaire si elle est insuffisante; et si elle est excessive, il importe au tuteur que la réduction se fasse de suite, car son crédit souffre de l'inscription qui sera prise sur ses biens en vertu de la délibération du conseil. L'opposition, d'après l'article 51, n'est pas suspensive; la loi ne pouvait pas admettre la suspension, puisqu'il en serait résulté que le tuteur n'aurait pu exercer la tutelle, toute gestion lui étant défendue tant que l'hypothèque n'est pas inscrite (art. 52).

Le délai de huitaine court à partir de la délibération. On le compte comme tous les délais, c'est-à-dire que les huit jours doivent être complets; on ne compte donc pas dans le délai le jour où la délibération a été prise; c'est le

(1) Parent, p. 505.
(2) Martou, t. II, n° 808, p. 384. Comparez les jugements cités par Timmermans, p. 25, note 47.

droit commun : le *dies a quo* n'est pas compris dans le délai et le *dies ad quem*, ou le dernier jour du délai, appartient en entier à la partie intéressée pour procéder à l'acte qui doit être fait dans un délai déterminé. Nous aurons l'occasion de revenir sur le principe en traitant du renouvellement de l'inscription hypothécaire.

On demande si le délai de huitaine est applicable au tuteur dûment appelé qui n'a pas assisté à la délibération. Le silence de la loi décide la question; l'article 51, qui détermine la durée du délai, mentionne le tuteur, et le met sur la même ligne que le subrogé tuteur et les membres du conseil de famille. Il n'y avait aucune raison de faire une exception en sa faveur; il a été appelé; s'il ne s'est pas rendu à la convocation, la plus simple prudence lui commande de s'informer de la décision qui aura été prise. C'est en ce sens que la loi a été expliquée, lors de la discussion, par le rapporteur et par le ministre de la justice. Le tuteur, dit M. Lelièvre, qui a été appelé est réputé avoir connaissance de la délibération du conseil de famille; dès lors le délai court contre lui. L'intérêt des mineurs exige nécessairement cette mesure. D'un autre côté, la loi l'informe qu'il n'a qu'un délai de huit jours pour former opposition; partant, il n'y avait pas de raison pour prolonger le délai (1).

295. L'article 51, § 3, porte : « Le tribunal statuera comme en *matière urgente.* » Cette dernière expression, dit M. Lelièvre dans son rapport à la chambre, indique clairement qu'il s'agit d'une affaire sommaire. C'est l'application de l'article 884 du code de procédure, aux termes duquel l'opposition contre les délibérations du conseil de famille est jugée sommairement. Les matières sommaires, dit l'article 405, sont jugées à l'audience, après les délais de la citation échus, sur un simple acte, sans autres procédures ni formalités. Nous n'entrons pas dans les détails qui ne sont pas de notre compétence.

296. L'article 51 ajoute que le tribunal statue « après

(1) Séance de la chambre, du 26 février 1851 (Parent, p. 386). Martou, t. II, p. 385, n° 812. En sens contraire, Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 65, n° 46.

avoir entendu le procureur du roi et contradictoirement avec lui. » Le ministère public doit toujours être entendu en matière de tutelle; mais, d'après le droit commun, il n'est pas partie dans les affaires civiles; l'article 51 déroge à ce principe en disposant que le tribunal statue *contradictoirement* avec le procureur du roi ; c'est dire qu'il est partie principale, aussi bien que l'opposant et celui contre lequel l'opposition est dirigée (1). Cela prouve l'importance que la loi attache à la spécialisation de l'hypothèque légale; elle n'intéresse pas seulement le mineur et le tuteur, l'intérêt public est engagé dans le débat, car c'est dans l'intérêt public que la loi a soumis l'hypothèque légale aux principes de spécialité et de publicité, mais elle a voulu aussi sauvegarder les droits des mineurs; il s'agit donc de concilier des intérêts divers et souvent opposés; voila pourquoi le ministère public, qui est l'organe de la société, est partie dans le débat.

Il suit de là que le ministère public peut, de même que les autres parties, interjeter appel (code de proc., art. 889) et se pourvoir en cassation. Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique en ce sens, et la question n'est pas douteuse. Quand la cause est simplement communicable, le ministère public a épuisé sa mission en prenant la parole soit pour contredire les conclusions des parties, soit pour les appuyer; tandis que, dans les cas où il est partie en cause, il peut agir d'office et introduire, comme partie principale et contradicteur légal du tuteur, les demandes qu'il juge utiles dans l'intérêt des incapables. La conséquence de ce principe est évidente en ce qui concerne le droit d'appel; et, quant au pourvoi en cassation, le ministère public a le droit de le former, non-seulement dans l'intérêt de la loi, ce qui est de droit commun, mais aussi dans l'intérêt du mineur, dont il est le représentant et le protecteur légal (2).

(1) Martou, t. II, p. 388, n° 815. Cloes, t. II, p. 190, n° 1208.
(2) Cassation, 19 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 92).

N° 3. SPÉCIALISATION DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

297. L'hypothèque légale du mineur doit être spécialisée. Il faut donc appliquer le principe de la spécialité tel que la loi l'établit pour l'hypothèque conventionnelle. Aux termes de l'article 78 (code civil, art. 2129), il n'y a d'hypothèque valable que celle qui déclare *spécialement* la nature et la situation de chacun des immeubles qu'il consent à hypothéquer pour la garantie de la créance; et l'article 80 (code civil, art. 2132) porte que l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte. L'hypothèque doit donc être spéciale quant à la créance et quant aux biens qui sont affectés à son acquittement. Il est très-facile de spécialiser l'hypothèque conventionnelle, puisque la créance est régulièrement liquide, et quand elle ne l'est pas, la liquidation peut se faire d'après des bases certaines. Il n'en est pas de même de l'hypothèque légale du mineur. Elle doit être spécialisée avant l'entrée en gestion du tuteur, à une époque où l'on ne connaît ni le chiffre exact de la fortune du mineur, ni la créance qu'il pourra avoir, de ce chef et à raison de la gestion tutélaire, contre son tuteur. Comment, dans ces circonstances, peut-on déterminer la somme pour laquelle inscription sera prise? Et si cette somme est indéterminable, par cela même il devient impossible de déterminer les immeubles. Nous allons dire comment la loi belge a résolu la difficulté.

298. L'article 49 porte que le conseil de famille fixera la somme pour laquelle inscription sera prise eu égard à la fortune des mineurs. Il est certain que la garantie hypothécaire doit être proportionnée à la fortune de l'incapable qu'il s'agit de sauvegarder. Mais comment le conseil de famille connaîtra-t-il le chiffre de cette fortune? Il délibère à un moment où le tuteur n'est pas encore entré en fonctions; il n'y a pas d'inventaire; le conseil devra donc s'en rapporter à la connaissance plus ou moins imparfaite que ses membres et le tuteur ont des biens du mineur. Cela est d'un vague extrême, et, par suite, la fixation

de la somme pour laquelle inscription sera prise sera nécessairement inexacte. Si l'erreur est tant soit peu considérable, le conseil, quand il sera mieux informé, devra prendre une nouvelle délibération, afin de majorer la somme ou de la diminuer.

299. L'article 49 dit, en second lieu, que le conseil de famille aura égard à la nature des valeurs dont la fortune du mineur se compose, c'est-à-dire que la somme que le conseil fixera variera selon que la fortune du mineur sera mobilière ou immobilière. La raison en est que le tuteur ne peut disposer des biens immeubles de son pupille qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal; s'il n'observe pas ces formalités, les actes qu'il fait sont nuls; l'action en nullité sera déjà une garantie pour le mineur. Il en est autrement des effets mobiliers; dans l'opinion généralement suivie, le tuteur peut en disposer; et quand même on admettrait, comme nous l'avons enseigné, que le tuteur n'a pas le droit de disposition, les tiers possesseurs de bonne foi seraient à l'abri de l'action en revendication, au moins pour les meubles corporels. Nous renvoyons, pour ce qui concerne la difficulté de principe, au titre de la *Tutelle*. Quelle que soit l'opinion que l'on adopte, il est certain que le tuteur, si on le suppose de mauvaise foi, peut facilement divertir et dilapider la fortune mobilière de son pupille; tandis que si la fortune est immobilière, il ne lui peut causer de dommage que par une mauvaise administration. De là suit que la garantie immobilière doit être plus forte quand la fortune du mineur est mobilière que lorsqu'elle est immobilière.

300. Le conseil de famille doit-il tenir compte des successions auxquelles le mineur est appelé comme héritier présomptif? Non, à notre avis, car ces successions ne sont qu'une espérance; et la loi parle de la *fortune* du mineur, c'est-à-dire des biens qu'il a lors de la spécialisation de l'hypothèque. Le texte même de la loi est inapplicable aux biens futurs, car l'article 49 veut tout ensemble que le conseil ait égard à la fortune et à la *nature* des valeurs dont elle se compose; et comment le conseil peut-il prévoir si le mineur recueillera des meubles ou des immeubles dans les

successions auxquelles il sera appelé? La loi prévoit implicitement l'hypothèse, en permettant au conseil d'exiger une inscription supplémentaire, dans le cas où les garanties données aux mineurs par la première délibération deviendraient insuffisantes (art. 58). Il y a sans doute un danger pour le mineur dans la nécessité de ces délibérations répétées, l'expérience constatant que l'on a déjà beaucoup de peine à obtenir une première délibération; mais la loi ne pouvait éviter ce danger qu'en prescrivant des garanties pour sauvegarder une fortune que le mineur n'a pas encore. Cela aurait abouti à grever les biens du tuteur d'inscriptions pour la sûreté de créances qui n'existent point; ce qui serait contraire aux principes. Nous allons voir que la loi permet de prendre inscription pour les éventualités de la gestion tutélaire, éventualités qui peut-être ne se réaliseront jamais. C'est une dérogation aux principes, et par cela même on ne peut l'étendre par voie d'analogie (1).

301. L'article 49 veut, en troisième lieu, que le conseil de famille ait égard aux éventualités de la responsabilité du tuteur. D'après l'article 450, le tuteur répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter d'une mauvaise gestion. Nous avons dit plus haut (n[os] 272-274) quelles sont les causes de responsabilité qui donnent au mineur une créance garantie par l'hypothèque légale. C'est un droit essentiellement éventuel ; il faut dire plus, les actions du mineur contre le tuteur pour mauvaise gestion sont des exceptions. La loi permet donc de grever les biens du tuteur d'inscriptions pour assurer le payement de créances que peut-être le mineur n'aura jamais. C'est un mal, puisque ces inscriptions compromettent le crédit du tuteur; mais c'est un mal inévitable. En effet, l'inscription, pour être efficace, doit être antérieure à toute gestion, puisque la responsabilité éventuelle commence avec l'entrée en fonctions du tuteur; il était absolument impossible de prendre inscription au fur et à mesure de la responsabilité que le

(1) Comparez Martou, t. II, p. 375, n° 790. L'auteur dit qu'il serait *inopportun* de stipuler des garanties pour des successions futures. A notre avis, le conseil n'en a pas le droit.

tuteur encourra par des actes de mauvaise administration; il fallait donc que l'inscription précédât la créance pour garantir avec quelque efficacité les droits du mineur.

L'application de la loi doit se faire avec une grande circonspection. Il ne faut pas que le conseil de famille prévoie tous les cas possibles de mauvaise gestion; un pareil procédé aboutirait à grever le tuteur d'inscriptions jusqu'à concurrence de toute la fortune du mineur si elle est mobilière, et d'une grande partie des biens immobiliers. Ce n'est pas là ce que veut la loi. En effet, si, dans l'intention du législateur, l'inscription devait nécessairement assurer toute la fortune du mineur, il était inutile de parler des éventualités de la gestion tutélaire; en exigeant que le conseil ait égard à ces éventualités, la loi décide implicitement que l'inscription ne doit être prise que pour une fraction de la fortune du pupille. C'est pour déterminer cette quotité que la loi indique les bases du calcul auquel le conseil doit se livrer. En définitive, il s'agit d'un calcul de probabilités; cela est très-conjectural, mais la certitude en cette matière est impossible.

302. Après avoir fixé la somme pour laquelle il sera pris inscription, le conseil doit désigner les immeubles sur lesquels l'inscription sera requise (art. 49). Dans l'esprit de la loi, le conseil ne doit prendre inscription que sur les immeubles présentant une garantie suffisante pour les droits du mineur, tels qu'il vient de les fixer; il faut donc que la valeur des immeubles réponde au montant de la créance éventuelle du mineur, en tenant compte, en outre, des chances de diminution de valeur, s'il y en a, et des frais d'expropriation. Si la garantie, au point de vue de la spécialité des immeubles, était insuffisante ou excessive, les parties intéressées pourraient former opposition (n° 290).

Les immeubles doivent être désignés conformément aux dispositions de l'article 78 (code civil, art. 2129). Le choix des immeubles ainsi que la spécialisation supposent que le conseil connaît exactement la situation immobilière du tuteur. Il ne peut guère obtenir cette connaissance que par le tuteur; si celui-ci y met du mauvais vouloir, l'exécution de la loi sera entravée. Peut-être serait-il bon de charger

les directeurs de l'enregistrement et les conservateurs des hypothèques de transmettre les renseignements qu'ils possèdent sur la fortune du tuteur dans le cas où le conseil leur en adresserait la demande.

N° 4. DE L'INSCRIPTION.

303. La spécialisation de l'hypothèque légale est le préliminaire nécessaire de l'inscription, puisque le conservateur des hypothèques ne peut inscrire que des hypothèques spécialisées, sur la représentation de l'expédition de la délibération prise en vertu de l'article 49. Cette délibération tient lieu de l'acte qui donne naissance à l'hypothèque (art. 83 ; code civil, art. 2148). Pour les hypothèques légales des incapables, il n'y a point d'acte, puisqu'elles existent de plein droit; mais il y a une délibération en ce qui concerne les mineurs, interdits et aliénés; sans cette délibération, aucune inscription ne peut être prise; et il faut une délibération conforme à la loi, c'est-à-dire spécialisant la créance et les immeubles. Il ne suffirait donc pas que la spécialisation fût faite dans les bordereaux et dans l'inscription, l'inscription n'est que la manifestation du droit, c'est le droit rendu public; il faut avant tout que le droit existe, et le droit de prendre inscription n'existe qu'en vertu de la délibération du conseil de famille; de même que pour les hypothèques conventionnelles, le droit d'inscrire n'existe que si l'acte a spécialisé l'hypothèque conformément à la loi. Les tiers intéressés peuvent demander la nullité de l'inscription et sa radiation lorsque le titre en vertu duquel elle a été prise est nul; or, en matière d'hypothèques légales, le titre, c'est l'acte qui spécialise l'hypothèque, puisque la spécialisation seule la rend efficace. Par contre, il ne suffit pas que l'hypothèque soit spécialisée, il faut qu'elle soit inscrite, tous les effets de l'hypothèque dépendant de l'inscription. Ceci est une des grandes difficultés que le législateur belge avait à résoudre, en soumettant l'hypothèque légale du mineur au principe de

condition que la loi n'exige point. La loi dit, à la vérité, que les membres du conseil peuvent former opposition à la délibération, et elle fixe le délai dans lequel ils doivent le faire; mais le droit d'opposition n'a rien de commun avec le droit du conseil de déterminer, pendant toute la durée de la tutelle, les garanties hypothécaires du mineur avec une entière liberté. Cela est aussi fondé en raison. Le conseil peut se tromper et sa délibération peut induire le tribunal en erreur; il importe donc, dans l'intérêt du mineur, que le conseil puisse revenir sur ses délibérations, quand même rien ne serait changé dans la situation du mineur (1).

319. On demande si le dernier mourant des père et mère qui nomme un tuteur par testament peut restreindre l'hypothèque légale du mineur. C'est une question qui ne devrait pas être posée; elle est décidée négativement par le texte et par l'esprit de la loi. La loi établit l'hypothèque, et c'est elle qui détermine par qui, non l'hypothèque, mais l'inscription est spécialisée et réduite, s'il y a lieu. Or, l'hypothèque légale est d'ordre public. De quel droit donc le père la restreindrait-il? Il a la même affection au moins, dit-on, pour son enfant qu'un conseil de famille. Sans doute; mais le droit est-il une question d'affection? On ajoute que d'après la loi nouvelle le testateur peut constituer une hypothèque (2). La raison est encore plus mauvaise, car l'article 44 ne donne ce pouvoir au testateur que pour les legs qu'il fait. Et puis l'hypothèque testamentaire dépend de la volonté du testateur. Est-ce que l'hypothèque légale dépend, en quoi que ce soit, de la volonté des parties intéressées? Nous n'insistons pas; si nous avons dit un mot de la question, c'est pour montrer à quoi aboutit le langage inexact en cette matière. On commence par assimiler l'hypothèque légale à l'hypothèque conventionnelle, puis on donne au testateur un pouvoir que la loi et les principes lui refusent, en confondant l'hypothèque légale avec les hypothèques qui dépendent de la volonté du débiteur (n° 320).

(1) Cassation, 19 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 1, 92).
(2) Cloes, t. II, p. 229, n° 1285, d'après Pont, t. I, p. 598, n° 545.

320. L'hypothèque légale peut-elle être remplacée par d'autres garanties? On est étonné de voir poser la question et plus étonné encore de la voir résoudre affirmativement. Dans l'espèce, il s'agissait de la tutelle d'un interdit. Le tuteur avait fait emploi d'une grande partie de la fortune de l'interdit en achats d'immeubles et de rentes sur l'Etat. Quant à l'excédant des revenus, dit le tribunal, il est suffisamment protégé par la position sociale du tuteur, étranger aux opérations commerciales, par les mesures d'emploi et de remise d'états annuels prescrites au tuteur, jointes à l'offre subsidiaire de celui-ci de consigner des créances ou valeurs de Bourse à concurrence de 2,000 francs pour garantie de sa gestion. Le tribunal accepta cette offre, et décida que, dans l'espèce, une inscription hypothécaire serait une mesure vexatoire. Comment les juges motivent-ils cette étrange décision? L'inscription hypothécaire forme le principe, mais le tribunal est appréciateur des circonstances particulières qui peuvent motiver la dispense de l'hypothèque légale (1). Il y a ici une confusion d'idées. La faculté de dispenser suppose que le mineur n'a pas besoin d'une garantie; or, dans l'espèce, le tribunal prescrivait des garanties, il les jugeait donc nécessaires; reste à savoir s'il lui appartenait de se contenter d'autres garanties que celles que la loi accorde aux mineurs et interdits. Poser la question, c'est la résoudre. L'hypothèque légale est essentiellement d'ordre public, puisqu'elle est établie pour garantir les intérêts des incapables (n°s 187 et 243). Or, c'est au législateur seul à établir les garanties qu'il juge nécessaires aux personnes qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas veiller elles-mêmes à leurs intérêts. Le texte même de la loi hypothécaire le prouve. Quand le tuteur n'a pas d'immeubles, ou n'a que des immeubles insuffisants, il ne peut y avoir d'hypothèque légale, ou il n'y a qu'une hypothèque insuffisante : la loi s'en est-elle rapportée, dans ce cas, aux tribunaux pour déterminer les sûretés que le tuteur aura à fournir? Non, le législateur les a lui-même

(1) Jugement du tribunal de Namur, du 5 juillet 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 3, 49).

organisées. Le système de la loi est donc celui-ci. Y a-t-il lieu de prendre une inscription sur les biens du tuteur, le conseil de famille doit le faire; il ne peut accepter aucune autre garantie. L'inscription hypothécaire est-elle inutile, il n'y a pas lieu d'exiger d'autres sûretés. Est-elle insuffisante, la loi ordonne ce qu'il y a à faire.

§ IV. *De l'état des tutelles et de la surveillance de l'autorité judiciaire.*

N° 1. DE L'ÉTAT DES TUTELLES.

321. L'article 63 fait intervenir l'autorité judiciaire pour assurer l'exécution des mesures qu'elle prescrit pour la spécialisation de l'inscription et l'hypothèque du mineur. C'est une disposition de la plus haute importance. On ne peut pas compter sur les conseils de famille; l'indifférence des parents égale leur ignorance. En leur imposant des devoirs multipliés en matière de tutelle, le législateur, de son côté, contracte l'obligation de veiller à ce que les hommes soient instruits de leurs devoirs et que leurs sentiments moraux soient développés en même temps que leur intelligence. Pourquoi faut-il ajouter que nos législateurs ont complétement négligé les soins de l'instruction et de l'éducation nationales? En Belgique, ils les ont abandonnées à l'Eglise, c'est-à-dire à un clergé intéressé à maintenir l'ignorance, fondement de sa domination; et quant à l'éducation, ces singuliers maîtres n'ont d'autre souci que de faire des hommes les aveugles instruments de leur puissance. Après cela, on a bonne grâce de faire appel à la conscience et au dévouement des familles! C'est parce que les consciences ne sont pas éclairées que les conseils de famille sacrifient si facilement les intérêts des incapables à des considérations personnelles. On doit tenir compte de ce fait. Les auteurs de la loi hypothécaire ont donc bien fait de soumettre les conseils de famille et même les juges de paix au contrôle de l'autorité judiciaire. C'est le seul moyen de donner aux mineurs des garanties sérieuses.

322. « Il sera tenu au greffe de chaque justice de paix

sous la surveillance du juge et la responsabilité personnelle du greffier, un état de toutes les tutelles ouvertes dans le canton » (art. 63). La loi déclare le greffier responsable : envers qui? Ce ne peut être qu'envers le mineur. Si les greffiers négligent de remplir le devoir que la loi leur impose, la surveillance et l'action de l'autorité judiciaire ne pourront s'exercer utilement au profit des mineurs; ceux-ci, par suite, ne jouiront pas des garanties hypothécaires que la loi a voulu leur assurer. De là une action en responsabilité. La loi ne déclare pas le juge de paix responsable; toutefois, en cas de négligence, c'est le magistrat qui est le vrai coupable, car il doit connaître les lois, et on lui a appris à les respecter, tandis que les greffiers, trop souvent, les ignorent. Si les juges de paix n'encourent pas une responsabilité civile, ils sont moralement responsables; il faut que les tribunaux les rappellent à leur devoir s'ils le négligent : Nous reviendrons sur ce point, un des plus délicats dans l'application de la loi.

323. « Cet état contiendra la date de l'ouverture des tutelles, les noms, prénoms et demeures des mineurs et interdits, tuteurs et subrogés tuteurs. » La loi ne parle pas des aliénés colloqués dans un hospice ou une maison de santé; comme l'administrateur qui leur est nommé tient lieu de tuteur, ils sont compris dans toutes les dispositions de la loi qui concernent les mineurs et interdits. Il eût été bon de le dire. Le gouvernement peut combler la lacune, puisqu'il a le droit de prendre des arrêtés pour l'exécution de la loi.

L'état des tutelles doit indiquer « la date et le résumé des délibérations des conseils de famille relatives à l'hypothèque légale des mineurs et des interdits, la date des inscriptions qui auront été prises, ou la mention des causes pour lesquelles il n'en aurait pas été requis. » Lors de la discussion de la loi, on observa que les greffiers ne pouvaient pas savoir s'il avait été pris des inscriptions, à moins de se transporter au bureau de conservation des hypothèques; ce qui aurait compliqué l'exécution de la loi. Une circulaire du 11 mars 1852 a fait droit à cette objection, en ordonnant aux greffiers de communiquer, dans le

courant du dernier mois de chaque trimestre, leur état des tutelles aux conservateurs des hypothèques dans l'arrondissement desquels sont situés les immeubles affectés à la garantie des mineurs; les conservateurs y indiqueront les dates des inscriptions prises.

Il manque un détail, que l'on peut facilement obtenir par la communication de l'état des tutelles aux greffiers des tribunaux de première instance, c'est la mention des oppositions faites contre les décisions des conseils de famille et les décisions rendues par les tribunaux. Comme on reconnaît aux juges de paix le droit de former opposition, il est bon de constater, s'ils en font usage, les causes de leur opposition et la décision qu'elle aura reçue. Ce sera le contrôle de l'action des juges de paix; et, nous le répétons, c'est sur les tribunaux seuls qu'il faut compter.

324. « Chaque année, dans le courant de décembre, le greffier adressera, sous sa responsabilité, au procureur du roi de son arrondissement copie entière de cet état pour les tutelles ouvertes dans l'année, et, pour les autres, la simple indication des changements survenus dans l'année courante relativement à l'hypothèque légale, à son inscription ou aux dépôts que le défaut ou l'insuffisance des immeubles auront nécessités. »

Il nous semble que mieux vaudrait envoyer ces renseignements au mois de janvier, pour toute l'année écoulée; d'après la loi, il se pourrait que des tutelles s'ouvrissent après l'expédition de l'état; de sorte qu'il n'en serait fait nulle mention, ni dans l'état de l'année, ni dans celui de l'année suivante.

325. « Les greffiers des justices de paix qui contreviendront au présent article seront, indépendamment des peines disciplinaires, punis d'une amende qui n'excédera pas cent francs. Elle pourra être portée au double en cas de récidive. Ces peines seront appliquées par les tribunaux civils. »

326. C'est le procureur du roi qui requiert l'application des peines. Mais si lui-même néglige de constater la contravention et d'exiger l'état des tutelles? Et si le procureur général néglige de lui rappeler son devoir? Ces supposi-

tions sont permises, puisque nous apprenons par la brochure d'un jeune magistrat que, dans le ressort de tel tribunal, il n'y a pour ainsi dire pas d'inscriptions hypothécaires au profit des mineurs (1). Par une circulaire du 30 décembre 1856, le ministre de la justice a demandé qu'on lui envoyât un tableau renfermant des renseignements sur l'application des articles 49 et suivants de la loi hypothécaire. Ces tableaux ont-ils été envoyés? Pourquoi n'a-t-on pas publié l'enquête? Exige-t-on l'envoi annuel de ces renseignements? L'enquête devrait être régulière et permanente, et pour qu'elle soit efficace, elle doit être rendue publique, sans ménagement aucun; on ne doit pas en avoir pour ceux qui négligent leurs devoirs, et il s'agit de devoirs qui intéressent la société, puisque le but de l'article 63 est de donner une garantie sérieuse à des incapables.

Nº 2. DU CONTRÔLE DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE.

327. L'article 63, après avoir dit que les greffiers doivent envoyer une copie de l'état des tutelles au procureur du roi dans le courant de décembre, ajoute : « Dans le mois de janvier suivant, le procureur du roi soumettra cet état au tribunal, qui, sur le rapport d'un de ses membres, en chambre du conseil, statuera ce que de droit, tant d'office que sur les réquisitions du ministère public. » Cette disposition soulève bien des difficultés. Il y a d'abord une question préliminaire : est-ce tout le tribunal, ou n'est-ce que la chambre civile qui est appelée à examiner les états de tutelle et à statuer? La loi est interprétée en sens divers par les divers tribunaux. Il eût été à désirer que le tribunal statuât chambres réunies; le contrôle aurait eu une autorité d'autant plus grande. Mais la loi ne l'exige point; dès lors il faut prendre le mot *tribunal* dans son sens habituel, c'est-à-dire comme synonyme de chambre civile (2).

328. Il y a une difficulté plus grave; l'article 63 porte

(1) Timmermans, p. 18, note 30. Cloes et Bonjean, *Jurisprudence des tribunaux*, t. XXV, p. 910.
(2) Timmermans, p. 89, nº 151.

que le tribunal *statuera ce que de droit*. Quel est le sens de cette disposition? Quel pouvoir donne-t-elle au tribunal? Le tribunal statue-t-il par voie de disposition générale et réglementaire applicable à toutes les justices de paix, et obligatoire même pour l'avenir? Sur ce premier point, il n'y a guère de doute. L'article 5 du code Napoléon défend aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises; c'est une défense qui est d'ordre public, parce qu'elle tient à la division des pouvoirs; le législateur seul, et le roi, dans la limite de ses attributions, peuvent faire des lois et des règlements; il est de l'essence du pouvoir judiciaire de disposer par voie de décision individuelle et particulière. Peut-on admettre que l'article 63 déroge à une règle aussi fondamentale? Le texte ne donne certes pas ce pouvoir aux tribunaux ; il dit que les juges statueront ce que de *droit*, c'est-à-dire conformément à la loi qui régit l'hypothèque légale des mineurs; ils appliquent la loi, ils ne la font point. Y a-t-il une mesure générale à prendre, le tribunal peut en signaler la nécessité et appeler l'attention du gouvernement sur ce qu'il serait utile de faire, mais il ne peut pas lui-même porter des règlements. L'article 63 veut qu'une expédition de la *décision* soit transmise aux juges de paix qu'elle concerne; cela implique qu'il s'agit d'une décision spéciale concernant l'état des tutelles de tel canton; si le tribunal procédait par voie de disposition générale, il devrait communiquer les mesures réglementaires qu'il prendrait à tous les juges de paix de l'arrondissement; ce ne serait plus une *décision*, ce serait un règlement; or, la loi lui donne seulement le pouvoir de rendre des *décisions*. C'est en ce sens que la loi est interprétée par les tribunaux (1).

329. Les tribunaux ne doivent donc prendre que des décisions particulières et individuelles. Ont-ils, dans ces limites, un pouvoir discrétionnaire? Cela est douteux. La loi dit qu'ils statueront ce que de *droit*; mais qu'est-ce qui

(1) Timmermans, p. 91, n°s 152, 153. Il y a un réquisitoire en sens contraire de M. Schuermans (Timmermans, n° 154).

est de *droit?* Il est très-difficile de le préciser. On lit dans le rapport de M. Lelièvre : « Le tribunal de première instance sera appelé à exercer une *surveillance* salutaire sur les *actes* des justices de paix et à *s'assurer* de l'exécution scrupuleuse de la loi. » Cela est encore très-vague. Quand le tribunal se sera assuré que la loi n'a pas été exécutée, quelle décision prendra-t-il? M. Lelièvre a répondu, dans le cours de la discussion : « L'article 63 imposant une surveillance au juge de paix, des *injonctions* pourront, au besoin, lui être faites s'il ne remplissait pas d'une manière convenable les obligations que la loi lui impose, s'il avait apporté de la négligence à surveiller les actes de son greffier (1). » Ces injonctions sont-elles un blâme? Ce serait l'exercice du pouvoir disciplinaire, et les tribunaux n'ont pas, en principe, ce pouvoir sur les juges de paix. Et si la loi avait voulu le leur donner dans notre matière, n'aurait-elle pas dû le dire d'une manière formelle? Elle soumet les greffiers à une amende et à l'action disciplinaire, et elle ne parle pas de l'action disciplinaire ni de peine en ce qui concerne les juges de paix. N'en faut-il pas conclure que le législateur s'en est rapporté au droit commun?

330. Le tribunal doit donc se borner à prendre des décisions dans l'intérêt des mineurs dont les droits n'ont pas été suffisamment sauvegardés. Ainsi l'état des tutelles lui apprend que les conseils de famille n'ont pas délibéré sur la spécialisation de l'hypothèque légale; il ordonnera au juge de paix de convoquer les conseils et de veiller à ce que la loi soit exécutée. L'état mentionne des dispenses d'inscription qui ne sont pas suffisamment justifiées ; le tribunal ordonnera encore au juge de paix de provoquer une nouvelle délibération (2). Faut-il aller plus loin et permettre au tribunal de décider lui-même? Cette opinion a été soutenue devant la cour de cassation par l'avocat général, M. Mesdach (3). En principe, on peut l'admettre; car, en disant que le tribunal *statuera* ce que de *droit,* la

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 132). Discours dans la séance du 7 février 1851 (Parent, p. 329). Timmermans, p. 95. Beckers, p. 112, n° 98.
(2) Cloes, t. II, p. 241, nos 1308-1310. Timmermans, p. 98, nos 157 et 158.
(3) *Pasicrisie,* 1874, 1, 95 et suiv.

loi lui donne le pouvoir de prendre des décisions dans l'intérêt du mineur. Mais, en fait, le tribunal sera le plus souvent dans l'impossibilité de décider directement, parce qu'il ne possède pas les éléments légaux sur lesquels sa décision doit s'appuyer. Il en sera ainsi dans tous les cas où il n'y a pas eu de délibération ; le tribunal décidera-t-il qu'une inscription sera prise ? Il ne sait pas s'il y a lieu de prendre une inscription, ni si le tuteur a des biens, ni sur quels biens il convient de requérir l'inscription. Il en est de même si le conseil de famille a décidé qu'il n'y avait pas lieu de spécialiser l'hypothèque ; le tribunal peut déclarer qu'une inscription doit être prise : mais pour quelle somme et sur quels biens ? Le tribunal, n'ayant pas les renseignements nécessaires, sera forcé de s'en rapporter au conseil de famille et au juge de paix, sauf à exiger que celui-ci lui rendra compte de la délibération du conseil.

331. L'article 63 suppose que le tribunal exerce son contrôle lors de l'examen qu'il fait, chaque année, de l'état des tutelles. Est-ce là une condition de l'exercice du pouvoir dont la loi investit les tribunaux ? Non, certes ; la condition n'aurait point de raison d'être. Si, à l'occasion d'une homologation qui lui est demandée, le tribunal s'aperçoit que la loi n'a pas été exécutée, il peut et il doit statuer immédiatement ; car, quand il s'agit d'une garantie hypothécaire, l'efficacité dépend de la date de l'inscription ; il importe donc de faire spécialiser et inscrire l'hypothèque le plus tôt possible. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Gand (1).

332. L'article 63 contient encore une disposition concernant l'exécution des décisions prises par le tribunal. Expédition en sera transmise, *s'il y a lieu,* aux juges de paix qu'elles concernent ; la loi ajoute que l'expédition peut comprendre toute la décision ou une partie. Pourquoi la loi dit-elle *s'il y a lieu ?* Si l'état des tutelles est exactement tenu et que la loi ait été exécutée, comme elle doit l'être, dans l'intérêt des mineurs, le tribunal se bornera à approuver ce qui a été fait, et, par suite, il n'y a aucune com-

(1) Gand, 14 mars 1873 (*Pasicrisie,* 1873, 2, 219).

munication à adresser au juge de paix ; le tribunal n'a pas mission de distribuer des éloges, pas plus qu'il n'a mission d'infliger des peines disciplinaires. On a demandé en quel sens il faut entendre ces mots de l'article 63 : *en tout ou en partie*. Si le tribunal prend une seule décision concernant tous les états de tutelle qui lui ont été transmis, dans ce cas, il est inutile de communiquer la décision tout entière à chacun des juges de paix de l'arrondissement ; on adressera à chacun d'eux la partie de la décision qui le concerne. Si le tribunal statue par une décision particulière sur chaque état, il enverra expédition de toute la décision à chaque juge de paix, à moins qu'il ne s'y trouve des considérations générales destinées à être communiquées au ministre de la justice (1).

ARTICLE 3. De l'hypothèque légale de la femme mariée.

§ Ier. *Des droits garantis par l'hypothèque légale.*

333. L'article 47 porte que les femmes mariées ont une hypothèque légale sur les biens de leur mari pour leurs *droits* et *créances*. C'est un principe commun à toutes les hypothèques légales ; mais les droits et créances varient naturellement d'après les diverses hypothèques. Le principe est identique en ce qui concerne les femmes et les mineurs ; c'est-à-dire que tout droit que la femme mariée a, comme telle, contre son mari est garanti par une hypothèque légale ; de même que tout droit que le mineur a, comme tel, contre son tuteur est garanti par l'hypothèque que la loi lui accorde. Les articles 64 et 67 énumèrent les droits les plus usuels que la femme a contre son mari. Cette énumération n'est pas limitative, ce n'est pas même une énumération ; la loi a pour but, non de déterminer les cas dans lesquels la femme a une hypothèque légale, mais la manière dont cette hypothèque doit être spécialisée. Quant aux créances garanties par l'hypothèque légale, c'est l'article 47 qui établit le principe. La règle étant que toute

(1) Cloes, t. II, p. 244, n° 1311. Timmermans, p. 106, n° 166.

action de la femme contre son mari est munie d'une hypothèque, il était inutile d'énumérer ces droits. L'énumération est une question d'interprétation, elle n'est pas du domaine du législateur : c'est à la doctrine qu'il appartient d'interpréter la loi.

Il résulte de là que toute hypothèque de la femme mariée est légale. Les auteurs distinguent néanmoins une hypothèque conventionnelle et une hypothèque légale proprement dite. A notre avis, cette distinction n'est pas exacte; nous y reviendrons. Pour le moment, il s'agit de déterminer les cas dans lesquels la femme a un recours contre son mari; c'est ce recours que la loi a voulu assurer par une garantie hypothécaire. De là l'hypothèque légale.

N° 1. DE LA DOT.

334. La première créance dont il est parlé dans le § 2, intitulé des *Sûretés des femmes mariées*, c'est la dot. Est-ce à dire que la femme ait une hypothèque légale dans tous les cas où il y a dot? Il y a dot sous tous les régimes. En effet, le code, d'après la classification légale, n'admet que deux régimes : la communauté légale ou conventionnelle et le régime dotal; et le premier article du chapitre III, consacré au régime dotal, porte : « La dot, sous *ce régime*, comme sous *celui du chapitre II*, est le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. » Or, la femme apporte toujours une dot quelconque, ne fût-ce que son travail personnel. Mais il faut se garder d'en conclure que la femme a toujours une hypothèque légale pour sûreté de sa dot. Toute hypothèque est une garantie accessoire d'une obligation principale; pour que la femme ait une hypothèque du chef de sa dot, il faut qu'elle ait une action, à raison de sa dot, contre le mari; or, il se peut, comme nous allons le dire, que la femme n'ait pas d'action contre son mari pour sa dot; dans ces cas, il ne saurait être question d'une hypothèque, ni légale, ni conventionnelle.

335. Sous le régime de la communauté légale, tous les biens de la femme sont dotaux, dans le sens de la défini-

tion que l'article 1540 donne de la dot (n° 334). Le mobilier de la femme, présent et futur, entre dans l'actif de la communauté, ainsi que les fruits et revenus de ses propres immobiliers. Néanmoins la femme n'a point d'hypothèque pour sa dot mobilière, car elle n'a pas d'action, de ce chef, contre son mari. La fortune mobilière de la femme est comprise dans l'actif de la communauté. Si la femme renonce à la communauté, elle perd tout droit sur le mobilier qui y est entré de son chef (art. 1492); et, n'ayant aucune action contre son mari, elle ne saurait avoir une hypothèque. Si la femme accepte la communauté, elle en prend la moitié dans l'état où elle se trouve, et sans avoir aucun droit à exercer contre son mari; donc elle n'a pas d'hypothèque légale, et elle ne pourrait pas même en stipuler une, car il n'y a pas d'hypothèque sans une créance principale au payement de laquelle elle est affectée (1).

La cour de cassation l'a jugé ainsi par un arrêt à peine motivé (2). On a fait des objections qui n'ont point de sens. L'article 2121 (loi hyp., art. 47), dit-on, attribue l'hypothèque légale aux droits et créances de la femme; disposition générale qui s'applique à tous les cas. Oui; mais à une condition, c'est que la femme ait un droit ou une créance contre son mari et, par suite, sur ses biens. Et quel est le droit de la femme commune contre son mari? Inutile d'insister, puisque les plus simples éléments du droit suffisent pour décider la question, si question il y a. La cour ajoute que la femme ne peut réclamer que son privilége de copartageant, à condition de le conserver. Cela va de soi, puisque la loi le dit (art. 1476). Il y a deux arrêts dans le même sens de la cour de Bordeaux, qui se borne à citer l'arrêt de la cour de cassation (3). Cependant il s'est trouvé une cour qui a décidé que la femme avait une hypothèque légale pour garantie de sa dot mobilière. C'est une cour du Midi qui a rendu cet étrange arrêt; elle a sans doute con-

(1) Martou, t. III, p. 11, n° 884. Pont, t. I, p. 460, n° 435.
(2) Rejet, 15 juin 1842 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 689, 4°. Comparez n° 887.
(3) Bordeaux, 2 mars 1848 (Dalloz, 1848, 2, 78), et 2 juin 1875 (Dalloz, 1876, 2, 143).

fondu la dot sous le régime dotal et la dot sous le régime de communauté (1). La cour d'Aix essaye de motiver sa décision en invoquant les termes généraux de l'article 2135, qui mentionne, comme l'article 64 de notre loi hypothécaire, la dot parmi les créances pour lesquelles la femme a hypothèque à compter du jour du mariage. Il suffit de lire ces dispositions pour se convaincre qu'elles ont pour objet, non de déterminer les cas dans lesquels la femme a une hypothèque légale, mais le rang de cette hypothèque; en réglant le rang de l'hypothèque du chef de la dot, la loi suppose que la femme a une hypothèque de ce chef, mais elle ne dit pas que la femme a une hypothèque par cela seul qu'elle a une dot; c'est l'article 2121 (loi hyp., art. 47) qui décide cette question; et le bon sens suffit pour la décider, puisque l'on ne conçoit pas d'hypothèque sans un droit qu'elle ait pour but de garantir.

Quant à la dot immobilière, la femme peut avoir une action contre son mari, puisque celui-ci administre les biens et qu'il est responsable de son administration (art. 1428). La femme ayant une action contre le mari à raison de l'administration que la loi lui confie, cette action est garantie par l'hypothèque, en vertu du principe général de l'article 47 (code civil, art. 2121).

336. Sous la communauté conventionnelle, la question de savoir si la femme a une action pour sa dot mobilière et, par suite, une hypothèque, dépend des conventions matrimoniales. Si la femme stipule la reprise de son mobilier dotal, en tout ou en partie, elle a une créance, de ce chef, contre le mari; donc une hypothèque. Il en est ainsi dans la communauté réduite aux acquêts et dans la clause de réalisation. Mais la femme n'a pas d'hypothèque pour la partie de sa dot mobilière qui entre dans l'actif de la communauté conventionnelle, puisque, de ce chef, elle n'a pas d'action contre son mari. Il se peut aussi qu'elle n'ait point d'action pour sa dot immobilière : si tous ses immeubles sont ameublis, ou si quelques-uns le sont, la femme n'aura pas plus de droit du chef de ces immeubles que du chef de

(1) Aix, 16 août 1872 (Dalloz, 1874, 2, 131).

sa fortune mobilière, elle n'a de droit que sur la communauté; et sans action il n'y a pas d'hypothèque.

337. Sous le régime d'exclusion de communauté, le mari a seulement la jouissance des biens de la femme, meubles ou immeubles; il en doit faire la restitution à la dissolution du régime. La femme a donc une action du chef de sa dot, mobilière ou immobilière, et, par conséquent, une hypothèque pour garantie de sa créance.

338. Sous le régime de séparation de biens, la femme contribue aux charges du mariage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. C'est là la dot qu'elle apporte au mari; elle n'a pas d'hypothèque de ce chef, et ne pourrait pas même en stipuler, à moins de modifier le régime, car le tiers des revenus que la femme doit remettre au mari devient la propriété de celui-ci; il en dispose comme il l'entend, et n'est tenu, de ce chef, à aucune restitution.

Quant aux deux tiers des revenus qui restent à la femme, c'est elle qui en a la disposition; c'est aussi la femme qui administre ses biens et qui en jouit. Si le fait répond au droit, c'est-à-dire si le mari n'intervient pas dans l'administration des biens de la femme, celle-ci n'a aucune action contre lui, car le mari ne peut pas être responsable d'une gestion à laquelle il reste étranger. Si le mari intervient dans l'administration, il devient responsable, et toute action en responsabilité contre le mari est garantie par l'hypothèque légale. Mais ceci est étranger à la dot, puisque, sous le régime de séparation, les biens de la femme ne sont point dotaux. Nous reviendrons sur l'hypothèque que la femme a pour sûreté des actions étrangères à la dot, qui lui appartiennent sous les divers régimes.

339. Sous le régime dotal, la femme a deux espèces de biens. Ses biens paraphernaux sont régis par les principes de la séparation de biens; on applique donc ce que nous venons de dire (n° 338). Quant aux biens dotaux, le mari en a seulement la jouissance et l'administration; il est donc soumis à deux obligations, celle d'administrer en bon père de famille et celle de restituer la dot; la femme a, sous ce double rapport, une action contre son mari et, par conséquent, une hypothèque légale.

Le régime dotal présente une difficulté particulière en ce qui concerne l'hypothèque légale. « Les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ni hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement » (art. 1554). Si, malgré cette prohibition, le fonds dotal est aliéné, la femme peut faire révoquer l'aliénation ; elle peut déjà agir en révocation après la séparation de biens (art. 1560). Quand l'aliénation a été faite par le mari, la femme a deux actions : l'une en révocation contre le tiers acquéreur, l'autre en dommages-intérêts contre son mari ; celle-ci est garantie par l'hypothèque légale. On demande si la femme a l'option entre ces deux droits que le code lui reconnaît? La question est très-controversée en doctrine et en jurisprudence; nous croyons, avec la cour de cassation, que la femme a l'option entre les deux actions que la loi lui donne. C'est le droit commun; la difficulté est de savoir si les principes qui régissent l'inaliénabilité du fonds dotal y dérogent. Voici l'objection que l'on fait, et elle est très-sérieuse. La femme ne peut pas confirmer l'aliénation du fonds dotal; or, ce serait la confirmer indirectement si, au lieu d'agir en révocation, elle poursuivait sa créance contre son mari par l'action hypothécaire. On répond que régulièrement la femme n'agira contre son mari ou ses héritiers qu'après la dissolution du régime, et, dans ce cas, la femme peut confirmer la vente et, par conséquent, renoncer à l'action révocatoire. Si la femme se présente, pendant le mariage, à l'ordre ouvert sur les biens du mari, elle sera colloquée provisoirement. On ne peut pas dire qu'en optant pour le recours contre son mari, elle renonce au recours contre le tiers acquéreur; car, pendant le mariage, elle ne peut faire aucune renonciation qui compromette son action révocatoire; cette renonciation serait une confirmation indirecte, et la femme ne peut pas confirmer. Mais de ce qu'elle ne peut pas renoncer à l'action révocatoire, on ne peut conclure qu'elle n'a point d'action contre son mari; la loi la lui donne, et on ne peut pas la lui enlever. Il faut donc concilier les deux principes, qui paraissent contradictoires, en colloquant la femme provisoirement; la

femme conservera son action révocatoire, et, après la dissolution du mariage, elle fera son option; bien entendu qu'elle devra restituer les sommes qu'elle a touchées dans l'ordre, si elle se décide à agir en révocation, car elle ne peut pas tout ensemble revendiquer l'immeuble et retenir le prix de l'immeuble. C'est cette opinion qui tend à prévaloir; il n'y a de doute que sur le point de savoir si la collocation de la femme est provisoire ou définitive. Si l'on admet le principe que la femme ne peut, pendant le mariage, renoncer à l'action révocatoire, il n'y a d'autre moyen de concilier l'action hypothécaire que la loi lui donne avec son droit de révocation, que de déclarer la collocation provisoire (1). Nous renvoyons, quant aux principes, à ce qui a été dit, au titre du *Contrat de mariage*, sur l'inaliénabilité de la dot.

340. Il se présente encore une difficulté pour ce qui concerne les intérêts de la dot sous le régime dotal. Aux termes de l'article 1570, ils courent de plein droit depuis la dissolution du mariage. On en conclut que les intérêts sont garantis par l'hypothèque légale, aussi bien que le capital de la dot. Sans doute; mais la question est de savoir si l'on doit appliquer à la femme la disposition de l'article 87 (code civil, art. 2151), d'après lequel le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt a droit d'être colloqué, pour trois années seulement, au même rang que pour son capital, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les autres intérêts. La jurisprudence française écarte l'article 2151 quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme, par la raison qu'il suppose l'inscription de l'hypothèque; et, d'après le code civil, l'hypothèque de la femme était valable sans inscription (2). Il n'en est plus de même d'après notre loi hypothécaire; dès lors l'article 87 doit recevoir son application à l'hypothèque de la femme comme

(1) Pont, t. I, p. 459, n° 435, et les témoignages qu'il cite. Comparez Cassation, 21 décembre 1853 (Dalloz, 1853, 1, 137, et la note de l'arrêtiste).

(2) Bordeaux, 10 août 1849 (Dalloz, 1852, 2, 102). Cassation, 26 janvier 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52). Pont, t. I, p. 461, n° 436. Comparez Martou, t. III, p. 13, n° 884, qui semble se prononcer pour la jurisprudence française.

à toutes les hypothèques. La circonstance que les intérêts sont dus de plein droit n'a aucun rapport avec la question et ne peut influer sur la décision.

Ces principes ne s'appliquent pas aux intérêts des intérêts. Les intérêts échus et capitalisés forment une dette nouvelle, distincte de la dot; de là suit que cette dette n'est pas garantie par l'hypothèque légale; la femme n'aurait de sûreté hypothécaire que si elle l'avait stipulée par le contrat qui capitalise les intérêts. Elle ne pourrait pas prendre inscription en vertu de l'article 87 (code civil, article 2151); cette disposition n'est applicable qu'aux intérêts qui sont les accessoires du capital; elle ne s'applique pas aux intérêts des intérêts, lesquels ne sont pas l'accessoire de l'ancienne dette, mais l'accessoire de la dette nouvelle formée par la capitalisation des intérêts (1).

341. La dot dont parle l'article 64 (code civil, art. 2135) est celle qui est stipulée et due en vertu du contrat de mariage : c'est le bien que la femme apporte, en se mariant, pour aider son mari à supporter les charges du mariage. La femme peut aussi se constituer en dot ses biens à venir : cette dot est également garantie par une hypothèque si, comme nous le supposons, la femme est mariée sous un régime qui oblige le mari à restituer la dot. Il n'y a de différence entre le cas où la dot est apportée lors du mariage et celui où elle échoit pendant la durée du mariage que pour ce qui concerne le rang de l'hypothèque légale; nous reviendrons sur ce point en traitant de la spécialisation de l'hypothèque de la femme.

N° 2. DES CONVENTIONS MATRIMONIALES.

342. On entend par conventions matrimoniales les conventions expresses ou tacites que les futurs époux arrêtent avant le mariage pour régler leurs droits sur les biens qui entrent dans l'association qu'ils forment. C'est la définition de l'article 1387; elle suppose que les époux s'associent quant aux biens. Tel est, en effet, le régime de droit com-

(1) Cassation, 28 mars 1848 (Dalloz, 1848, 1, 170).

mun; il y a aussi des régimes sous lesquels les époux sont séparés de biens. La communauté peut exister sans contrat notarié, tandis que les autres régimes doivent être stipulés par acte authentique. Pour ce qui regarde l'hypothèque légale, la forme des conventions matrimoniales est indifférente; il y a toujours des conventions matrimoniales, expresses ou tacites, et dès que ces conventions donnent un droit à la femme contre le mari, ce droit est garanti par l'hypothèque légale.

On prend d'ordinaire l'expression de *conventions matrimoniales* dans un sens plus restreint, quand il s'agit de l'hypothèque légale de la femme : elle comprend, dit-on, les donations que le mari fait à la femme et autres avantages que le contrat stipule au profit de la femme, tels que le préciput, les gains de survie (1). Ce sont, en effet, là des conventions matrimoniales; mais, pour qu'elles soient garanties par l'hypothèque légale, il faut, comme nous allons le dire, qu'il en résulte un droit de la femme contre le mari et sur ses biens. De plus, les conventions d'où résulte une libéralité pour la femme ne sont pas les seules qui donnent lieu à l'hypothèque légale. On doit toujours s'en tenir au principe général de l'article 47 (code civil, art. 2121) : dès que la femme a un droit, en vertu de ses conventions matrimoniales, contre le mari et sur ses biens, elle a une hypothèque pour la sûreté de sa créance. Or, le mari a régulièrement l'administration des biens de la femme en vertu du contrat de mariage ou des conventions tacites des époux, et il est responsable comme administrateur; de là une action de la femme résultant des conventions matrimoniales, et cette action est garantie par l'hypothèque que la loi donne à la femme pour sûreté de ses droits et créances (2).

343. Tous les avantages matrimoniaux que les conventions de mariage donnent à la femme ne sont pas garantis par une hypothèque légale. Ici encore il faut appliquer l'article 47 (code civil, art. 2121). Il n'y a pas d'hypothèque sans obligation principale, et toute obligation implique qu'il

(1) Martou, *Commentaire*, t. III, p. 14, n° 887.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 220, note 19, § 264 *ter*.

y a un débiteur et un créancier. Si la femme a une créance contre son mari et sur ses biens, en vertu des avantages matrimoniaux que le contrat stipule en sa faveur, cette créance sera assurée par l'hypothèque légale. Mais si la femme exerce son droit sur la masse commune qui doit être partagée entre elle et son mari, elle n'a point d'hypothèque, par la raison qu'elle n'a point de créance. Tel est le préciput; c'est un avantage matrimonial, puisque la femme prélève, avant tout partage, une certaine somme ou une certaine quantité d'effets mobiliers; mais cet avantage ne lui donne pas, en général, une action contre le mari; aux termes de l'article 1515, le préciput ne s'exerce que sur la masse partageable, et non sur les biens personnels de l'époux prédécédé. La femme n'ayant pas d'action contre le mari à raison du préciput, il ne peut être question d'hypothèque. Mais si le contrat de mariage donne à la femme droit au préciput, même en renonçant, alors la femme a une action contre son mari et, partant, une hypothèque. Le préciput change, dans ce cas, de nature; ce n'est plus un prélèvement sur la masse, car, par sa renonciation, la femme perd tout droit sur les biens qui composent l'actif de la communauté; elle cesse d'être associée, et elle est considérée comme ne l'ayant jamais été; cessant d'être femme commune, si elle a un droit contre son mari, c'est comme créancière, et cette créance prenant sa source dans le mariage et les conventions matrimoniales, on se trouve dans le texte de l'article 47 : la femme aura hypothèque légale pour sûreté de son préciput. Ainsi un seul et même avantage donne à la femme une action hypothécaire ou ne lui en donne pas, selon qu'elle a ou non une action contre son mari (1).

344. L'application de ces principes donne lieu à une question très-controversée. On demande si la femme a une hypothèque pour les gains de survie, même purement éventuels : telle est l'institution contractuelle et la donation d'une somme d'argent à prendre sur les biens que le dona-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 221, note 20, § 264 *ter*. Martou, t. III, p. 15, n° 888.

teur laissera à son décès. Nous avons examiné, au titre des *Donations*, les difficultés sérieuses auxquelles donnent lieu ces donations; quand constituent-elles une donation de biens présents, quand sont-elles une donation de biens à venir (t. XII, n[os] 418-429)? Quand il s'agit d'une donation faite par le mari à la femme, elle est valable dans toute hypothèse, puisque les époux peuvent donner leurs biens à venir par contrat de mariage. Reste à savoir si la femme a une hypothèque légale pour sûreté de ces donations. La jurisprudence est divisée (1), ainsi que la doctrine (2). A notre avis, il faut appliquer le principe que nous venons d'établir. Si la femme a une action contre le mari, elle a aussi une hypothèque pour sûreté de ses droits et créances (article 47); si elle n'a pas d'action, il ne peut être question d'hypothèque. D'ordinaire elle n'a pas d'action quand son droit ne s'exerce que sur les biens que le donateur laissera à son décès, car, si le donateur ne laisse pas de biens, la femme est sans droit. Mais la femme peut avoir une action contre la succession du donateur. Cela n'est pas douteux lorsque la donation est seulement à terme, c'est-à-dire si elle ne peut être exigée qu'au décès du donateur; car le droit de la femme ne laisse pas d'être certain et irrévocable. Il en est de même si le droit est conditionnel : tels sont les droits stipulés au profit du survivant; la survie est la condition, mais le droit, quoique conditionnel, donne une action à la femme, ce qui est décisif en ce qui concerne l'hypothèque légale. Il y a plus; quand même le droit serait éventuel, la femme aura une créance éventuelle, et toute créance de la femme est assurée par une hypothèque (3). Telle est l'institution contractuelle : quand le donateur aliène les biens à titre onéreux, qu'il les dissipe, la femme est sans action contre les acquéreurs, car le mari avait le droit d'aliéner; la femme est héritière, et elle prend la succession

(1) Rejet, 19 août 1840 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 886). Comparez Rejet, 16 mai 1855 (Dalloz, 1855, 1, 245); Bordeaux, 21 février 1851 (Dalloz, 1854, 2, 150); Toulouse, 24 mai 1855 (Dalloz, 1856, 2, 104); Bordeaux, 15 décembre 1868 (Dalloz, 1869, 2, 244).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 221, note 23, § 264 *ter*. Pont, t. I, p. 462, n° 438.

(3) Bruxelles, 4 octobre 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 502).

dans l'état où elle se trouve; s'il n'y a plus de biens, elle ne recueille rien. Mais si le mari a fait des donations immobilières qu'il n'avait point le droit de faire, la femme en peut demander la nullité, et elle a aussi une action en indemnité contre la succession; cette action, comme toute créance de la femme résultant des conventions matrimoniales, est garantie par son hypothèque légale. Nous dirons plus loin que, dans notre opinion, la controverse a été décidée en ce sens par la loi belge (art. 64).

345. Il y a encore des avantages que la loi accorde à la femme et qui, en réalité, résultent des conventions matrimoniales, puisque le code ne fait que prévoir ce que les époux entendent stipuler; les dispositions de la loi ne sont donc que des conventions tacites. Tel est le deuil de la femme. Il est arrivé que la femme a stipulé qu'en cas de survie, elle aurait droit à des habits de deuil; on contesta à la femme une hypothèque légale du chef de cette créance; la cour de Riom la lui reconnut, et il n'y avait pas l'ombre d'un doute, puisqu'il s'agissait d'une convention matrimoniale donnant un droit à la femme contre la succession du mari (1). Mais la femme n'a pas besoin de stipuler son deuil d'une manière expresse, l'article 1570 le lui accorde sous le régime dotal; il porte que les habits de deuil doivent être fournis à la femme sur la succession du mari; il est donc inutile que les époux en fassent l'objet d'une stipulation. C'est une de ces conventions tacites que le législateur consacre, comme étant fondées sur la volonté des parties contractantes, et toute convention matrimoniale est garantie par l'hypothèque légale. La cour de cassation l'a jugé ainsi (2). Merlin s'y était trompé; il inclinait à penser que la femme avait un privilége pour son deuil en vertu de la loi qui privilégie les frais funéraires, et il lui refusait une hypothèque légale de ce chef, parce que la loi ne lui en accorde pas (3). C'est mal raisonner à tous égards : le privilége des frais funéraires ne peut être étendu au deuil,

(1) Riom, 20 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 358).
(2) Rejet, 29 août 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 4202).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Deuil*, § I, n° 8. Voyez, dans le même sens, les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 222, note 25, § 264 *ter*.

parce que les priviléges sont de la plus stricte interprétation (t. XXIX, n° 358); et pour l'hypothèque légale il n'est pas besoin d'une disposition expresse, puisque la loi n'énumère pas et ne limite point les créances de la femme auxquelles l'hypothèque est attachée; elle pose comme principe que la femme a une hypothèque pour tous les droits qu'elle a contre son mari, donc aussi pour la créance de deuil (n° 333).

La femme commune en biens a-t-elle aussi une hypothèque pour son deuil? Aux termes de l'article 1481, la femme, même renonçante, a droit au deuil, aux frais des héritiers du mari. Dire que le deuil est aux frais des héritiers, c'est dire que c'est un droit contre le mari, et, ce droit résultant des conventions matrimoniales tacites, il faut décider que l'article 47 (code civil, art. 2121) est applicable(1).

346. Il y a quelque difficulté pour les aliments. Sous le régime dotal, « la femme a le choix d'exiger les intérêts de sa dot pendant l'an du deuil, ou de se faire fournir les aliments pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari. » Ce droit aux aliments dérive d'une convention tacite; partant, il est garanti par l'hypothèque légale (2). Troplong objecte que les aliments ne sont, dans ce cas, ni les intérêts ni les fruits de la dot (3). Eh, qu'importe? Ce n'est pas une créance dotale que la femme exerce, elle invoque une convention de mariage, tacite, il est vrai, mais qui est certainement fondée sur l'intention des parties contractantes.

La cour de Bruxelles a refusé l'hypothèque légale à la femme pour les aliments qui lui sont dus en vertu de l'article 214, et qu'elle peut réclamer lorsqu'elle est séparée de biens. Elle invoque le texte des articles 2121 et 2135, reproduits, en substance, par notre loi hypothécaire (art. 47 et 64) (4). L'argument revient à dire que les aliments ne sont pas compris dans l'énumération que la loi fait des

(1) Martou, t. III, p. 16, n° 889. Comparez Pont, t. I, p. 462, n° 437).
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 223, note 26, § 264 *ter*.
(3) Troplong, n° 418 *bis*, suivi par Aubry et Rau, t. III, p. 217, note 6, § 264 *ter*. Comparez Martou, t. III, p. 16, n° 890.
(4) Bruxelles, 19 février 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 65).

créances garanties par l'hypothèque légale. Nous avons d'avance répondu à cette mauvaise interprétation de la loi (n° 333); la loi n'énumère pas les créances pour lesquelles la femme a une hypothèque, et elle les limite encore moins; l'article 2135 (loi hyp., art. 64) n'a pas pour objet de déterminer les cas dans lesquels la femme a une hypothèque, il concerne uniquement le rang de l'hypothèque légale. Nous renouvelons la critique parce qu'à chaque pas l'erreur se renouvelle; on applique les lois d'une façon mécanique, sans se demander quel en est l'objet, et ainsi il arrive que trop souvent on en fait une fausse application en les étendant à un ordre de choses pour lequel elles n'ont pas été faites.

La cour de Liége s'est prononcée dans le même sens que la cour de Bruxelles par une considération qui est du moins plus spécieuse. Elle dit que l'article 214 établit l'obligation d'alimentation entre époux, abstraction faite de toute convention matrimoniale; c'est un devoir qui découle du mariage, considéré comme union des personnes, et non du contrat de mariage (1). Nous croyons que la distinction est contraire aux termes généraux de l'article 47 (code civil, art. 2121). Le droit de la femme aux aliments est-il une créance appartenant à la femme, comme telle, contre son mari? Oui; donc l'article 47 est applicable. Qu'importe que l'article 214 soit placé au titre du *Mariage?* Il n'en consacre pas moins un droit contre le mari et sur ses biens, et toute action de la femme contre le mari est assurée par une garantie hypothécaire.

347. C'est encore en vertu des conventions matrimoniales expresses, et le plus souvent tacites, que la femme a action contre le mari, administrateur de ses biens. Sous le régime de communauté, on appelle le mari administrateur légal des biens de la femme; il est vrai que c'est la loi (art. 1428) qui dispose que le mari a l'administration des biens personnels de la femme; mais cette disposition, comme toutes celles de la communauté légale, ne sont pas plus imposées aux époux par la loi, que les dispositions du

(1) Liége, 29 mars 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 203).

titre de la *Vente* ne sont imposées aux parties contractantes, car la communauté légale n'est qu'une association tacitement convenue par les futurs époux. L'action en responsabilité que la femme a contre le mari administrateur est donc fondée sur les conventions matrimoniales ; d'où suit qu'elle est garantie par l'hypothèque légale. Nous avons vu une application du principe en traitant de la dot (nº 335).

348. Il s'est présenté un cas assez singulier. Un mari fit une donation à sa femme, et il négligea de la transcrire ; par suite, la donation ne pouvait être opposée aux tiers. C'est un préjudice que la femme éprouvait par la négligence du mari administrateur ; l'article 942 lui donne un recours de ce chef contre le mari. Cette action est-elle garantie par l'hypothèque légale ? L'affirmative est certaine, puisque la première obligation du mari administrateur est de conserver les droits de la femme ; et il est tenu de les conserver, alors même que ces droits procèdent de son chef. Si donc il laisse périr une donation faite à la femme faute d'actes conservatoires, la femme a contre lui une action en indemnité, fondée sur les conventions matrimoniales ; partant, une hypothèque légale. Dans l'espèce, il y avait un doute qui a égaré la cour de Poitiers. Les tiers détenteurs des immeubles grevés de l'hypothèque légale opposaient à la femme que la donation, n'ayant pas été transcrite, ne pouvait pas leur être opposée ; que, par suite, la femme n'avait aucune action contre eux du chef de cette donation. C'était confondre deux ordres d'idées très-distincts : l'effet de la donation à l'égard des tiers et l'action en responsabilité de la femme contre son mari, action garantie par l'hypothèque légale. La femme n'opposait pas sa donation aux tiers ; il n'y avait donc pas lieu de se prévaloir du défaut de transcription ; elle intentait l'action hypothécaire en vertu des conventions matrimoniales et de la responsabilité encourue par le mari. L'arrêt de la cour de Poitiers a été cassé de ce chef, et, sur renvoi, la cour d'Angers s'est rangée à l'avis de la cour suprême (1).

(1) Cassation, 10 mars 1840, et Angers, 10 mars 1841 (Dalloz, au mot *Dispositions*, nº 1595, 2º).

349. Il y a un régime sous lequel le mari n'est pas administrateur des biens de la femme : c'est le régime de séparation de biens et le régime dotal en ce qui concerne les biens paraphernaux. La femme elle-même administre son patrimoine; il semble donc qu'elle ne peut avoir aucune action contre son mari du chef de ses biens, ni, par conséquent, aucune hypothèque. Il en est ainsi quand le fait est en harmonie avec le droit, le mari restant étranger à toute gestion des biens de la femme. Mais très-souvent le fait est en opposition avec le droit; la femme laisse l'administration de ses biens au mari. Aura-t-elle, de ce chef, une hypothèque légale? Elle a une action, donc une hypothèque. Il y a cependant un motif de douter; ce n'est pas en vertu des conventions matrimoniales que la femme agit, puisque, d'après ces conventions, le mari est sans droit et sans obligation; si le mari administre les biens de la femme, c'est ou en vertu d'un mandat, ou malgré la femme; dans aucun cas, le mari n'est responsable comme tel, il l'est comme mandataire, ou en vertu d'une immixtion illégale (art. 1577-1579). L'objection ne tient aucun compte des relations que le mariage établit entre les époux; si la femme abandonne au mari la gestion de ses intérêts, ce n'est pas par suite d'un mandat ordinaire, c'est parce qu'il est naturel que le mari veille aux droits de sa femme; cette gestion est donc, comme l'administration dite légale, une conséquence du mariage; et, par suite, l'article 47 (code civil, art. 2121) devient applicable. Si le mari gère malgré l'opposition de la femme, il y a abus de la puissance maritale; donc c'est encore en vertu du mariage que le mari s'empare d'une administration qui ne lui appartient point; certes la femme ne souffrirait point qu'un tiers usurpât une gestion et une jouissance auxquelles il n'aurait aucun droit; si elle souffre l'immixtion illégale du mari, malgré l'opposition qu'elle y a faite, c'est qu'elle n'est point libre; il est donc juste qu'elle ait la garantie que la loi lui accorde précisément à raison de son incapacité légale. C'est la doctrine presque unanime des auteurs et de la jurisprudence (1).

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. III, p. 218, notes 13 et 14.

N° 3. DES REPRISES.

350. L'article 64, après avoir dit, dans le § 1er, que la femme aura une hypothèque pour ses conventions, dit, dans le deuxième, que la femme pourra également *stipuler*, par son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour ses *reprises de toute nature*, même *conditionnelles* ou *éventuelles*. Cette disposition donne lieu à une première difficulté : le mot *stipuler*, dont la loi se sert, implique-t-il que l'hypothèque pour les reprises est conventionnelle? Nous reviendrons sur la question en traitant de la spécialisation de l'hypothèque légale. Pour le moment, nous avons à voir ce que l'on entend par *reprises*.

Le mot *reprises* se trouve dans le chapitre qui traite du partage de la communauté. Quand la femme accepte la communauté, on procède à diverses opérations préliminaires au partage, dont la plus importante est celle des prélèvements. Chaque époux prélève : 1° ses biens personnels, s'ils existent en nature, ou ceux qui ont été acquis en remploi ; 2° le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté, et dont il n'a point été fait remploi ; 3° les indemnités qui lui sont dues par la communauté. La femme a certains priviléges pour l'exercice de ses prélèvements ; aux termes de l'article 1472, « le mari ne peut exercer ses *reprises* que sur la *masse* ; la femme et ses héritiers, en cas d'insuffisance de la communauté, exercent leurs *reprises* sur les biens personnels du mari. » C'est parce que la femme a un recours contre le mari pour l'exercice de ses reprises que la loi lui donne une hypothèque pour la garantie de ses droits. La femme renonçante exerce toujours ses reprises contre le mari (art. 1495), et elle a le droit de *reprendre* tout ce qu'elle prélève en cas d'acceptation (art. 1493). La raison en est que les *reprises* comprennent les biens propres de la femme, les biens acquis en remploi des propres, le prix des propres aliénés et les indemnités qui sont dues à la

§ 264 *ter*, et les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 881.

femme dans le cas où la communauté s'est enrichie aux dépens de ses propres; les reprises portent donc sur des biens ou des valeurs qui n'entrent pas en communauté; nous avons dit, au titre du *Contrat de mariage*, pourquoi la femme a, de ce chef, une action contre son mari.

Le mot *reprises* se trouve encore dans l'article 1443, qui détermine les causes pour lesquelles la femme peut demander la séparation de biens : elle a ce droit lorsque le désordre des affaires du mari donne lieu de craindre que les biens de celui-ci ne soient point suffisants pour remplir les *droits* et *reprises* de la femme. Il va de soi que la femme a une hypothèque pour l'exercice de ses reprises, en cas de séparation de biens, comme dans les autres cas où la communauté vient à se dissoudre. C'est la plus naturelle et la plus indispensable garantie, puisqu'il s'agit de sauvegarder le patrimoine de la femme.

351. L'article 64 dit que la femme a une hypothèque pour ses *reprises de toute nature*. Cela suppose qu'il y a diverses reprises. Sous le régime de la communauté légale, la fortune mobilière de la femme entre dans l'actif de la société de biens formée par les époux; la femme ne la reprend pas; elle n'a, de ce chef, aucune action contre son mari, donc pas d'hypothèque. Mais la femme peut stipuler la reprise de son mobilier en tout ou en partie; tel est l'objet des clauses de réalisation ainsi que de la communauté d'acquêts. La loi qualifie aussi de *prélèvement* ou de *reprise* le droit que la femme exerce, en vertu de ces clauses, sur le mobilier qui est exclu de la communauté (art. 1498, 1503). Ce droit est identique avec celui que la femme exerce sous la communauté légale : la femme a action contre son mari, et cette action est garantie par une hypothèque. C'est le droit commun consacré par l'article 47 (code civil, art. 2121). Il eût été inutile d'en parler dans l'article 64; si la loi en parle, c'est pour dire que la femme a une hypothèque dans les cas où la reprise est conditionnelle ou éventuelle.

Quand la reprise est-elle *conditionnelle?* Il y en a un exemple dans la clause prévue par l'article 1514 : la femme peut stipuler qu'en cas de renonciation à la communauté,

elle reprendra tout ou partie de ce qu'elle y aura apporté, soit lors du mariage, soit depuis. La reprise est conditionnelle, puisque la femme n'y a droit que si elle renonce; dans ce cas, elle a une hypothèque pour la garantie de ses reprises, puisque les droits de la femme renonçante s'exercent nécessairement contre le mari. La reprise stipulée en vertu de l'article 1514 est aussi *éventuelle*, en tant qu'elle porte sur le mobilier qui écherra à la femme pendant la communauté à titre de succession ou de donation.

On qualifie aussi le *préciput* de reprise. L'article 1515 dit que la femme n'exerce ce *prélèvement* que lorsqu'elle accepte la communauté; puisque la loi donne le nom de *reprises* aux prélèvements que font les époux (n° 350), on peut aussi appeler le préciput une *reprise*. C'est un droit *conditionnel :* la survie est la condition ordinaire sous laquelle il est stipulé. C'est aussi un droit *éventuel*, puisque en général il s'exerce sur la masse; mais, dans ce cas, il ne donne pas d'action à la femme contre le mari et, partant, pas d'hypothèque. Pour que la femme ait une action garantie par une hypothèque, il faut qu'elle stipule le préciput même pour le cas où elle renoncerait à la communauté (n° 343).

Les clauses de partage inégal de la communauté ne donnent pas, en général, lieu à l'hypothèque légale, puisque les époux partagent la communauté dans l'état où elle se trouve, sans que la femme ait une action contre son mari; et sans action, il n'y a pas d'hypothèque. Toutefois, quand les époux stipulent que la totalité de la communauté appartiendra au survivant ou à l'un d'eux, l'autre époux ou ses héritiers font la *reprise* des apports et capitaux tombés dans la communauté de son chef. Si c'est la femme qui exerce cette reprise, elle aura une hypothèque légale. C'est une reprise *conditionnelle* et *éventuelle* en ce qui concerne les biens qui écherront à la femme pendant la communauté. Ce que nous disons de la femme s'applique à ses héritiers; c'est le droit commun.

352. On lit dans un arrêt de la cour de Riom, rendu sous la présidence de Grenier, que l'on a toujours entendu par le mot *reprise*, la reprise de la dot sous le régime de

la communauté (1). Les dispositions du code que nous venons de citer (n[os] 349 et 350) confirment cette signification traditionnelle. Tous les biens de la femme commune sont dotaux : les uns deviennent propriété de la communauté, et, de ce chef, la femme ne peut avoir d'hypothèque, puisqu'elle n'a pas d'action : les autres, la femme les reprend, et pour la garantie de ces reprises, elle a une hypothèque légale.

Les interprètes de la loi hypothécaire donnent un sens plus étendu au mot *reprises*. Ils entendent par là les sommes dont, à des titres divers, la femme est en droit de réclamer de son mari le compte et le remboursement (2). C'est confondre les *reprises* avec ce que l'article 47 (code civil, art. 2121) appelle *droits et créances*. Tel n'est pas le langage du code, mais tel paraît être le langage de la loi hypothécaire. Le § 2 de l'article 64 qualifie de *reprises* les droits *conditionnels* ou *éventuels* de la femme, et l'article 67 dit que la femme peut prendre inscription, pendant le mariage, pour *toutes causes de recours* qu'elle peut avoir contre son mari ; ce qui, dans l'interprétation généralement admise, se rapporte aux *reprises* dont il est question dans le § 2 de l'article 64. D'après cela, toute cause de recours de la femme contre son mari serait une *reprise*.

Cela importe peu pour ce qui concerne la question que nous examinons maintenant, celle de savoir pour quels droits la femme a une hypothèque légale. Il est certain que la femme a une hypothèque pour toutes causes de recours qu'elle a contre son mari ; qu'on appelle ces droits des *reprises*, cela est assez indifférent. Mais il n'en est pas de même quand il s'agit de déterminer le rang de l'hypothèque légale. Si l'on confond les *reprises* avec les *droits* de la femme, quels qu'ils soient, on aboutit à une conséquence qu'il nous est difficile d'admettre, à savoir que la femme peut faire spécialiser par son contrat de mariage, en vertu de l'article 64, toute espèce de créances éventuelles qu'elle peut acquérir, pendant le mariage, contre son mari. Ainsi les successions et donations auxquelles la femme peut être

(1) Riom, 4 mars 1822 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 881, p. 241).
(2) Martou, *Commentaire*, t. III, p. 18, n° 893.

appelée pendant le mariage seraient des *reprises,* pour la garantie desquelles la femme pourrait faire spécialiser son hypothèque par contrat de mariage et l'inscrire immédiatement. Cela nous paraît douteux; la loi donne à la femme une hypothèque pour la garantie de ses *droits,* elle ne lui en donne pas pour ses *espérances;* et les successions ou donations futures ne sont que des espérances. Nous reviendrons sur ce point.

353. Les reprises, dans le langage du code, supposent des conventions matrimoniales expresses ou tacites, en vertu desquelles la femme *prélève* certains biens ou les *reprend.* Cela implique, comme le dit la cour de Riom, que la femme est commune en biens. Sous les autres régimes, il ne peut être question de *prélèvement,* puisqu'il n'y a pas de masse à partager; les époux sont séparés de biens; les biens de la femme sont généralement des biens dotaux dont le mari a la jouissance; la femme les apporte en mariage pour aider le mari à en supporter les charges; quand le régime est dissous, le mari les restitue. La restitution de la dot tient lieu de reprise sous le régime d'exclusion de communauté et sous le régime dotal, en ce qui concerne les biens dotaux. Quant aux biens dont la femme conserve l'administration et la jouissance, elle n'a, en principe, ni reprise ni restitution à réclamer, puisqu'elle ne cesse pas d'en avoir la propriété et la possession. C'est seulement quand le mari, de fait, les administre et en jouit, que la femme a contre lui une créance de ce chef et, partant, une hypothèque (n° 349).

N° 4. DES DROITS NÉS PENDANT LE MARIAGE.

354. Le code Napoléon distingue les droits qui naissent pendant le mariage de ceux qui naissent avant la célébration du mariage, par suite des conventions matrimoniales. Cette distinction est-elle maintenue par la loi hypothécaire? D'après l'interprétation généralement admise, la distinction serait abolie. Nous croyons que c'est aller trop loin. Il importe toujours de déterminer quand les droits de la femme prennent naissance, puisque l'hypothèque ne saurait exister

sans droit. Dans le système de la loi nouvelle, l'hypothèque de la femme doit être spécialisée et inscrite; de sorte qu'elle n'a de rang qu'à dater de son inscription, comme les hypothèques conventionnelles, et l'époque où elle peut être inscrite dépend de la date à laquelle la créance a pris naissance. Nous avons parcouru les droits qui naissent avant le mariage; il nous reste à voir quels sont les droits qui prennent naissance pendant le mariage. L'article 67 de la loi les énumère (code civil, art. 2135). Est-ce une énumération restrictive? Nous avons déjà répondu à la question. L'objet de l'article 67 n'est pas de déterminer, en les limitant, les droits que la femme acquiert contre le mari pendant la durée du mariage; la loi règle seulement la manière de spécialiser l'hypothèque de la femme. Quant aux droits pour la garantie desquels elle a une hypothèque, on applique l'article 47 : tout droit qui donne action à la femme contre le mari est garanti par l'hypothèque légale.

355. L'article 67 est conçu en ce sens. Il pose en principe que la femme peut requérir inscription pour *toutes causes* de recours qu'elle peut avoir contre son mari. Puis la loi donne des exemples : « Telles que celles qui résultent de donations ou de successions auxquelles elle aurait été appelée. » Nous venons de dire (n° 352) que les successions et donations que la femme recueille pendant le mariage ne sont pas des *reprises éventuelles*, dans le sens de l'article 64. Sans doute c'est le régime que les époux adoptent par leur contrat qui détermine si les biens qui échoient à la femme pendant le mariage lui restent propres, ou s'ils deviennent la propriété du mari en entrant dans l'actif de la communauté. C'est, par conséquent, le contrat de mariage qui établit le principe des reprises que la femme a le droit d'exercer; mais les conventions matrimoniales ne peuvent pas spécialiser ces reprises, puisqu'elles ne sont qu'une espérance en ce qui concerne les successions, et les donations ne sont pas même une espérance. Voilà pourquoi l'article 67 mentionne les successions et donations parmi les droits pour lesquels la femme peut prendre inscription pendant le mariage. Cela est aussi fondé en raison : il ne peut pas y avoir d'hypothèque tant que la femme n'a pas un

droit au moins éventuel à sauvegarder; or, l'héritier et le donataire n'ont aucun droit avant l'ouverture de la succession ou avant que la donation soit parfaite. Quand une succession échoit à la femme ou qu'une donation lui est faite, il faut voir si les biens qu'elle recueille lui resteront propres; dans ce cas, elle aura ou une action en reprise, ou une action en restitution et, par conséquent, une hypothèque légale. Si, au contraire, les biens deviennent la propriété du mari, sans qu'il soit tenu à une restitution envers la femme, celle-ci, n'ayant aucune action contre le mari, n'aura pas d'hypothèque.

356. L'article 67 donne encore comme exemple de droits nés pendant le mariage le recours que la femme a contre le mari, du chef de l'aliénation de ses *propres*. Ce mot de *propres* n'est usité que dans le régime de communauté, parce que, sous ce régime, il y a des biens qui ne restent pas propres à la femme : c'est le mobilier qui entre de son chef dans la communauté, et qui fait partie de la masse dont le mari est seigneur et maître pendant la durée du régime; à la dissolution de la communauté, la femme ne reprend pas son mobilier, elle partage les biens qui composent l'actif. Si un propre de la femme est aliéné sans remploi, la femme a une récompense, c'est-à-dire une reprise, laquelle est garantie par une hypothèque. La femme a encore droit à une récompense et à une reprise « quand la communauté a tiré un profit de ses biens » ; c'est une des causes d'indemnité pour lesquelles la femme a une action contre le mari en cas d'insuffisance de la communauté (art. 1470, 1472), et, par suite, elle a, de ce chef, une hypothèque.

Sous les autres régimes, il n'y a pas de *propres*, par la raison que les époux sont séparés de biens; la femme conserve donc la propriété de tout ce qu'elle possède en se mariant et de tout ce qu'elle acquerra pendant le mariage. Si elle aliène un bien, aura-t-elle, de ce chef, une hypothèque? Oui, si le mari a la jouissance du prix, car il en deviendra propriétaire en vertu du quasi-usufruit, et, par suite, il est tenu à restitution; et pour la garantie de cette restitution, la femme a une hypothèque. Sous le régime de

séparation de biens, c'est la femme qui touche le prix et qui en a la jouissance; elle n'a donc, en principe, ni créance ni hypothèque en cas d'aliénation. Mais si le mari touchait le prix et l'employait à son profit, la femme aurait une action en indemnité et, partant, une hypothèque. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 338). Il en est de même si la femme vend un de ses paraphernaux sous le régime dotal. Quant à l'aliénation des immeubles dotaux, la femme a également une action contre son mari, comme nous l'avons dit en parlant de la dot (n° 339).

357. Le troisième exemple que donne l'article 67 des droits qui naissent pendant le mariage concerne le recours que la femme a contre le mari du chef d'obligations par elle souscrites. Cela suppose que la femme s'oblige dans l'intérêt du mari ou de la communauté. Quand elle s'oblige dans son propre intérêt, elle ne peut avoir de recours, ni, par conséquent, d'hypothèque; étant débitrice, c'est elle qui doit supporter la dette; il ne peut donc être question d'un recours ni d'une hypothèque (1). Mais quand elle s'oblige avec son mari, pour les affaires de la communauté ou du mari, elle est réputée, aux termes de l'article 1431, ne s'être obligée que comme caution, quand même elle se serait obligée solidairement; par suite, elle doit être indemnisée de l'obligation qu'elle a contractée. C'est cette action en indemnité qui est garantie par une hypothèque.

La cour de cassation a déduit de ce principe une conséquence très-importante. Régulièrement les indemnités de la femme ne s'exercent qu'à la dissolution de la communauté, par voie de prélèvement et de reprise. Mais la femme étant réputée caution en vertu de l'article 1431, elle peut invoquer le bénéfice de l'article 2032. Dans les cas prévus par cette dernière disposition, la caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur pour être par lui indemnisée; elle a ce droit, notamment, lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture. Lors donc qu'un ordre s'ouvre sur les biens du mari, la femme peut y produire, en vertu de son hypothèque légale, pour le montant de

(1) Caen, 29 novembre 1872 (Dalloz, 1874, 2, 107).

l'indemnité que la loi lui accorde comme caution de son mari. Cette indemnité, dit la cour, constitue au profit de la femme un droit actuel, une créance liquide et exigible, pour laquelle elle est fondée à agir hypothécairement, même pendant la durée de la communauté et avant la liquidation de ses reprises proprement dites, résultant de ses apports matrimoniaux et de l'aliénation de ses propres. Dans l'espèce, la femme avait subrogé un créancier dans le bénéfice de son hypothèque légale : le subrogé exerçant tous les droits du subrogeant, la cour a décidé que le créancier pouvait exercer les droits de la femme dans l'ordre ouvert sur les biens du mari. Cela ne fait aucun doute (1).

358. Que faut-il décider si la femme paye volontairement une dette du mari? Il y a un motif de douter, c'est que l'on ne se trouve pas dans le texte de l'article 67, qui suppose une obligation contractée par la femme. Se fondant sur la disposition analogue de l'article 2135 du code Napoléon, la cour de Grenoble avait refusé l'hypothèque à la femme qui avait payé sans y être obligée. L'arrêt a été cassé. La cour de cassation dit, et avec raison, qu'il faut appliquer l'article 2121 (loi hyp., art. 47), qui dispose, d'une manière générale et absolue, que la femme a une hypothèque légale sur les biens du mari pour sûreté de ses *droits* et *créances*; or, par ces mots *droits* et *créances*, on doit nécessairement entendre tout ce que les femmes sont en droit de réclamer contre leurs maris, à quelque titre que ce soit. Lors donc que la femme paye une dette de son mari, il n'y a pas à distinguer, en ce qui concerne l'hypothèque légale, si elle l'a payée comme codébitrice, comme mandataire ou comme gérant d'affaires. Ces distinctions ont de l'importance quand il s'agit de déterminer si la femme a les droits d'un codébiteur ou d'une caution, si son action naît d'un mandat ou d'une gestion d'affaires. Mais quand on demande si la femme a une hypothèque légale, il n'y a qu'une chose à voir : a-t-elle une action contre le mari résultant des relations que le mariage établit entre les époux quant à leurs biens? Or, il est bien certain que la femme

(1) Cassation, 26 janvier 1875 (Dalloz, 1875, 1, 52).

qui paye les dettes de son mari le fait comme femme mariée, dans l'intérêt des affaires du mari; donc elle doit jouir de sa garantie hypothécaire pour obtenir le remboursement de ses avances (1).

359. Il y a un cas dans lequel la femme, quoique obligée, n'a ni recours ni hypothèque : c'est quand elle s'est obligée avec son mari pour frauder les droits de ses créanciers. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi (2), et la solution n'est pas douteuse : la loi protége la femme contre sa faiblesse et son incapacité, elle ne protége pas la fraude.

N° 5. DES DÉPENS.

360. La femme mariée fait des dépens en justice; si elle a un recours, de ce chef, contre son mari, son action sera-t-elle garantie par l'hypothèque légale? On admet généralement l'affirmative. Dans l'opinion que nous avons enseignée sur l'hypothèque légale de la femme, cette solution n'est pas douteuse. La loi ne parle pas des dépens; mais cela importe peu, car elle n'énumère et ne limite point les droits pour lesquels elle accorde une hypothèque à la femme; les articles 64 et 67 sont étrangers à la question, ils ne concernent que la spécialisation de l'hypothèque, c'est-à-dire le rang qui lui appartient. C'est l'article 47 qui est le siége de la matière; et cette disposition, empruntée au code civil, est conçue dans les termes les plus généraux; la cour de cassation vient de nous dire qu'il faut y comprendre tout ce que la femme est en droit de réclamer contre son mari (n° 358). Il faut ajouter, pour compléter la pensée de la cour, pourvu que ce soit une action sur les biens du mari résultant du mariage, peu importe que ce soit du mariage considéré comme union des personnes ou des conventions matrimoniales relatives aux biens, car la loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. La raison pour laquelle la loi accorde une hypothèque à la femme, c'est son incapacité, sa dépendance; cette raison

(1) Cassation, 29 août 1870 (Dalloz, 1870, 1, 353).
(2) Bruxelles, 26 décembre 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 327).

est générale, et s'applique à toute action qui est une suite directe ou indirecte du mariage.

361. La femme, sur le refus du mari de l'autoriser pour un acte juridique, s'adresse à la justice, qui lui accorde l'autorisation. A-t-elle un recours contre son mari pour les dépens qu'elle a été obligée de faire? Oui, dit la cour d'Agen; le pouvoir du mari n'est pas un pouvoir despotique, si le mari en abuse, en refusant d'autoriser sa femme, par esprit de vexation, il doit subir la peine que la loi inflige au plaideur téméraire; pour mieux dire, il est tenu de supporter les frais que, par abus de la puissance maritale, il a obligé sa femme de faire. Cela décide la question de l'hypothèque légale (1). Le principe, tel que nous venons de le formuler, est applicable (n° 360) : c'est comme femme mariée et à raison de l'incapacité dont elle est frappée qu'elle a dû recourir à la justice. Il est vrai que c'est à raison de la puissance maritale, qui concerne essentiellement la personne de la femme; mais cette puissance réagit aussi sur les biens, puisque l'incapacité de la femme, qui en est la suite, consiste précisément dans la nécessité d'obtenir l'autorisation maritale pour les actes juridiques qu'elle est dans le cas de faire.

362. Le principe est encore applicable aux dépens que la femme est obligée de faire pour la liquidation de ses droits et reprises. Tels sont, notamment, les frais de l'instance en séparation de biens. Sur ce point, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord; mais il importe de préciser quel est le vrai motif de décider. Grenier dit que les dépens sont les accessoires de la créance principale, et qu'ils sont garantis par l'hypothèque, en vertu du principe qui assure aux intérêts le même rang de préférence qu'au capital (2). La jurisprudence est dans le même sens. La cour de Liége, en décidant que l'hypothèque légale de la femme garantit les dépens à titre d'accessoires, part d'un faux principe; elle considère l'hypothèque légale comme une exception, en ce sens qu'elle ne serait accordée à la femme

(1) Agen, 15 novembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 29). Aubry et Rau, t. III, p. 218, note 11, § 263 *ter*, et les autorités qu'ils citent.
(2) Grenier, *Des hypothèques*, n° 231.

que pour les droits énumérés dans les articles 64 et 67 (1). Nous répondons, avec la cour de cassation (n° 358), que le principe est posé dans l'article 47 (code civil, art. 2121), et dans des termes tellement généraux, qu'il est impossible d'y trouver la moindre restriction : il suffit qu'il s'agisse des *droits* d'une *femme mariée*. Si l'on admettait le principe de la cour de Liége, il en faudrait conclure que la femme n'a point d'hypothèque pour les dépens, car les dépens ne sont pas un accessoire du droit principal qui appartient à la femme, il n'y a d'autres accessoires d'une créance que les intérêts et les garanties qui y sont attachées. Il est, du reste, inutile de recourir à des principes imaginaires pour décider la question des dépens; l'article 47 (code civil, art. 2121), tel que la cour de cassation l'interprète, tranche toute difficulté.

363. Il y a un doute pour les dépens de la demande en séparation de corps et, à plus forte raison, de l'action en divorce. Le but de ces actions est étranger aux biens des époux, en ce sens que la cause de la demande est la violation des obligations que le mariage, considéré comme union des personnes, impose aux conjoints; les effets que la séparation de corps et le divorce produisent quant aux biens ne sont que secondaires, c'est une conséquence du relâchement ou de la rupture du lien conjugal; ce n'est pas le but que la femme a eu en vue. Néanmoins nous croyons que le principe de l'article 47 doit recevoir son application : c'est comme femme mariée que la demanderesse intente l'action, et le jugement qu'elle obtient s'exécute sur les biens du mari en ce qui concerne les dépens. Cela est décisif. Il ne faut pas limiter la protection que la loi accorde à la femme, alors qu'elle a entendu lui donner une garantie pour tous les droits qu'elle a contre son mari (2).

(1) Liége, 29 mars 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 203).

(2) Voyez, sur les dépens en général, Aubry et Rau, t. III, p. 218, notes 9-12, § 264 *ter*; Pont, t. I, p. 463, n° 439, et les notes 2 et 3, et la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Priviléges*, n°s 891-893.

§ II. *Des biens grevés de l'hypothèque légale.*

364. Les femmes mariées ont, de même que les mineurs et interdits, une hypothèque qui est tout ensemble, générale et spéciale. Elle est générale, car, aux termes de l'article 47, elle porte sur *les biens* du mari, sans aucune restriction, donc sur les biens présents et à venir. Elle est spéciale, car la loi veut qu'elle soit spécialisée, soit par le contrat de mariage, soit, pendant le mariage, par ordonnance du président. La spécialisation a pour but de limiter l'inscription aux immeubles nécessaires pour donner à la femme une garantie complète. Quand elle se fait par contrat de mariage, le mari peut lui-même sauvegarder ses intérêts, puisqu'il est partie au contrat. Lorsque c'est le président qui spécialise l'hypothèque, le mari ne concourt point à la spécialisation, mais si l'inscription requise par la femme est excessive, il en peut demander la réduction. Par contre, la femme peut, pendant le mariage, requérir une inscription supplémentaire, ou même une première inscription sur les biens que le mari acquiert après la célébration du mariage; en ce sens, les biens futurs du mari sont soumis à l'hypothèque de la femme. Mais il ne peut y avoir d'inscription sur ces biens qu'après que le mari en a fait l'acquisition; ainsi le mari ne pourrait pas, lors du contrat de mariage, demander que l'inscription soit faite sur des biens à venir. On avait proposé de lui donner ce droit : c'était revenir au système du code civil que le législateur belge a voulu modifier. Pour que l'hypothèque légale de la femme soit publique, il faut que l'inscription apprenne aux tiers quels sont les biens du mari qui en sont grevés et quels biens sont libres; par suite, l'hypothèque doit être spécialisée quant aux biens, et elle ne peut l'être que si elle est établie sur les biens qui appartiennent au mari lors de l'acte qui la spécialise (1).

365. La loi dit que la femme a hypothèque sur les biens du mari. Il suit de là que si le mari est associé et que la

(1) Séance du 7 février 1851 (Parent, p. 331 et 332).

société possède des immeubles, ces biens ne sont pas frappés de l'hypothèque de la femme, ou en sont grevés, selon que la société forme une personne civile ou non. Nous renvoyons, quant au principe, au titre de la *Société*; l'application ne souffre aucune difficulté. La loi déclare que les sociétés de commerce sont des personnes civiles; c'est donc la société comme corps moral qui est propriétaire des immeubles qu'elle possède; partant, la femme n'a point d'hypothèque sur ces immeubles, car le mari, associé, n'y a aucun droit, pas même un droit de copropriété (1). Il en est autrement des sociétés civiles; dans l'opinion que nous avons enseignée, ces sociétés ne forment point des personnes civiles; par suite, les biens appartiennent aux associés; ils sont, par conséquent, frappés de l'hypothèque légale au profit de la femme, comme tous les biens indivis dont le mari est propriétaire.

366. Le mari peut aliéner et hypothéquer la propriété qu'il a dans une hérédité, ou toute autre masse indivise; par suite, cette propriété est aussi frappée de l'hypothèque légale au profit de la femme, sauf l'application du principe de l'article 883. Si, lors du partage, l'immeuble ne tombe pas au lot de son mari, l'hypothèque s'évanouit, puisque l'immeuble sera censé n'avoir jamais été la propriété du mari. Par contre, si l'immeuble est mis au lot du mari, celui-ci sera censé en avoir toujours eu la propriété exclusive; partant, la femme aura une hypothèque sur tout l'immeuble. Reste à savoir quels sont les actes que la loi considère comme un partage; nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre des *Successions* (2).

367. D'après l'article 2125 (loi hyp., art. 74), « ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision ». Ce prin-

(1) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, nos 774 et 935. Il faut ajouter Rejet, 29 mai 1865 (Dalloz, 1865, 1, 380).

(2) Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, nos 938-940. Il faut ajouter Angers, 27 mai 1864 (Dalloz, 1864, 2, 152).

cipe s'applique aussi à l'hypothèque légale. Si le mari est propriétaire sous condition suspensive, la femme peut prendre inscription, mais son droit sera suspendu par la même condition; et si la condition est résolutoire, son droit s'évanouira si la condition vient à se réaliser. Il y a deux cas dans lesquels le code civil déroge à ce principe. Le droit de retour stipulé par le donateur est une condition résolutoire; néanmoins quand la condition s'accomplit, l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales subsiste, dans le cas où la donation a été faite par le même contrat de mariage duquel résulte l'hypothèque; mais l'hypothèque ne peut être exercée contre le donateur, que si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas pour garantir les droits de la femme (art. 952). Il y a une seconde exception en matière de substitution : quand la substitution s'ouvre en faveur des appelés, les droits consentis par le grevé sont résolus ; toutefois la femme du grevé conserve une hypothèque subsidiaire sur les biens à rendre, en cas d'insuffisance des biens libres, pour le capital des deniers dotaux, si le testateur l'a ainsi ordonné (art. 1054). Ces dispositions anomales donnent lieu à bien des difficultés; nous les avons examinées, au titre des *Donations et Testaments* (1).

368. La femme commune en biens peut-elle prendre inscription sur les conquêts? Cette question est très-controversée. Au premier abord, elle étonne. L'article 47 (code civil, art. 2121) dit que la femme a une hypothèque légale sur les *biens du mari;* or, quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté, la loi distingue les propres du mari, qui sont ses biens, et les biens de la communauté qui portent le nom de conquêts ou d'acquêts et dont la femme est copropriétaire : la femme peut-elle avoir une hypothèque sur des biens dont elle a la copropriété? Cependant l'affirmative prévaut dans la doctrine et dans la jurisprudence, et en principe elle ne nous paraît pas douteuse. On lit dans un arrêt de la cour de Liége : « Le mari, suivant l'expression des anciennes coutumes,

(1) Comparez Valette, p. 248 et suiv.

est maître et seigneur des biens de la communauté; c'est donc à juste titre que la doctrine et la jurisprudence appliquent l'hypothèque légale de la femme aux acquêts aussi bien qu'aux propres du mari (1). » On objecte, car tout est controversé dans ces débats, que le code civil ne dit point que le mari est seigneur et maître de la communauté (2). Cela est vrai, mais s'il ne reproduit pas la formule, il reproduit la chose; en effet, aux termes de l'article 1421, le mari peut vendre les biens de la communauté, il peut les hypothéquer sans le concours de la femme. Voilà bien la maîtrise que nos coutumes reconnaissaient au mari, chef de la communauté. S'il peut aliéner et hypothéquer, il est propriétaire, les biens sont dans son domaine, donc ce sont, à la lettre, les biens du mari, et, comme tels, ils doivent être frappés de l'hypothèque légale. On ne peut le contester sans aboutir à une étrange anomalie : les biens qui peuvent être hypothéqués par convention peuvent aussi être hypothéqués par la loi; par quelle singulière exception le mari aurait-il le droit d'hypothéquer les conquêts, sans que la loi eût le droit de les frapper d'hypothèque?

369. Mais si le principe est incontestable, l'application du principe n'est point sans difficulté. Il faut d'abord distinguer si les conquêts sur lesquels la femme a pris inscription ont été ou non aliénés ou hypothéqués. Nous supposons d'abord que les biens sont libres et se trouvent encore dans la masse commune, à la dissolution de la communauté. La femme peut accepter ou renoncer. Si elle accepte, les immeubles sont compris dans le partage. Sont-ils mis dans son lot, l'hypothèque tombe, la femme ne pouvant avoir d'hypothèque sur sa propre chose; d'ailleurs, par l'effet du partage (art. 883), le mari est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens mis au lot de la femme, ces biens n'ont jamais été les siens, donc ils n'ont pu être frappés de l'hypothèque légale de la femme. Si, au contraire, les biens tombent au lot du mari, il en a toujours été propriétaire; les biens sur lesquels la femme a pris inscription sont les biens du mari, en vertu d'un texte formel, l'arti-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 225, note 29, § 264 *ter*.
(2) Voyez, en ce sens, Valette, p. 251 et suiv.

cle 883, donc ils restent frappés de l'hypothèque de la femme. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute sérieux. La femme peut aussi renoncer; ici le doute commence. Quel est l'effet de la renonciation? C'est que la femme renonçante cesse d'être femme commune, et, en réalité, elle ne l'a jamais été. Si le principe est vrai, il décide la question. Le mari a toujours été propriétaire des biens de la communauté, ces biens ont toujours été les siens; la conséquence est évidente; il n'y a plus de différence entre les propres et les conquêts; ils se confondent dans un seul et même patrimoine, et, par conséquent, les conquêts comme les propres ont été frappés de l'hypothèque légale de la femme. On fait des objections que nous allons rencontrer, dans l'hypothèse où la femme est en concours avec un tiers acquéreur ou avec un créancier hypothécaire. Dans l'hypothèse que nous examinons pour le moment, la femme n'est en conflit qu'avec les créanciers chirographaires du mari; or, la femme peut leur opposer son hypothèque légale, comme les créanciers hypothécaires du mari peuvent leur opposer leur hypothèque conventionnelle. Sur ce point on est à peu près d'accord (1).

370. La question que nous discutons ne devient douteuse que lorsque le mari a aliéné ou hypothéqué les biens sur lesquels la femme a pris inscription. Il faut de nouveau distinguer si la femme accepte ou si elle renonce. On admet assez généralement que si la femme accepte, l'hypothèque tombe, tandis qu'elle subsiste si la femme renonce. La solution dépend du point de savoir quel est l'effet de l'acceptation et de la renonciation; les principes mêmes sont controversés.

Quand la femme accepte, elle est définitivement associée, et elle l'a toujours été. Comme associée, elle est censée avoir concouru aux actes que le mari a faits pendant la durée de la communauté. Quel est l'effet de ce concours en ce qui concerne l'hypothèque légale? On suppose que le mari a aliéné l'immeuble sur lequel la femme a pris in-

(1) Rejet, chambre civile, 1er août 1848 (Dalloz, 1848, 1, 189). Valette, p. 252, I. Pont, t. I, p. 559, n° 521.

scription. Si réellement la femme avait concouru à la vente, comme partie au contrat, ce concours aurait eu pour effet la renonciation de la femme à son hypothèque, pour mieux dire, à son inscription hypothécaire, à l'égard de l'acquéreur; c'est l'application de l'article 71, sur lequel nous reviendrons. Ce premier point n'est pas contesté; il entraîne, à notre avis, la décision de notre question. En effet, l'acceptation de la femme équivaut à son concours; en acceptant la communauté, elle accepte tous les actes du mari comme associée, elle est donc censée avoir figuré dans tous ces actes comme partie, donc dans l'acte par lequel le mari a aliéné le conquêt sur lequel elle avait pris inscription; partant, elle ne peut pas opposer son hypothèque à l'acquéreur. Dira-t-on que cette argumentation repose sur une fiction et qu'il n'y a pas de fiction sans loi? Il est vrai qu'il n'y a point de texte qui dise que la femme acceptante est censée avoir concouru aux actes de son mari; mais il ne fallait pas de texte, car il ne s'agit pas d'une fiction, c'est, au contraire, la réalité. La femme acceptante est associée, elle l'a toujours été, et dans la société que l'on appelle communauté, la femme est représentée par son mari, disons mieux, elle est absorbée par lui; tout ce qu'il fait est censé fait par la société, qui se concentre dans le mari; il suffit donc que le mari aliène un conquêt, pour que la femme acceptante soit censée venderesse avec son mari; cela est si vrai, que la femme est garante, au moins pour moitié, d'autres disent pour le tout. Quoi qu'il en soit, nous n'invoquons pas la garantie, nous invoquons le concours de la femme à l'acte, qui ne saurait être contesté; or, dès que la femme est partie à l'acte, elle renonce tacitement à se prévaloir de son hypothèque contre le tiers acquéreur. Ce que nous disons de l'aliénation s'applique aussi à l'hypothèque; la femme qui concourt à l'acte par lequel le mari hypothèque un conquêt, renonce au bénéfice de son inscription en faveur du créancier hypothécaire; or, quand elle accepte, elle est partie à l'acte, elle y a concouru. Cela décide la question (1).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 226, note 31, § 264 *ter*, et, en sens divers,

371. Par contre, la femme renonçante est censée n'avoir jamais été commune en biens, elle n'a jamais été associée, on ne peut pas dire qu'elle ait concouru aux actes du mari; celui-ci a disposé des biens dont, par suite de la renonciation, il était propriétaire exclusif, comme il aurait disposé d'un propre; il n'y a plus aucune différence entre les propres et les conquêts; donc la femme conserve son hypothèque sur les conquêts comme elle la conserve sur les propres (1).

On conteste le principe; la loi ne dit pas de la femme renonçante ce qu'elle dit de l'héritier renonçant; celui-ci est censé n'avoir jamais été héritier, mais cette fiction est étrangère à la femme, elle a réellement été associée, son mari a agi comme maître et seigneur, au nom de sa femme, il l'a représentée; comme tel, il a eu le pouvoir d'aliéner et d'hypothéquer; la femme peut-elle, par sa renonciation, faire tomber les actes que son mari avait le droit de faire en son nom? Que devient alors le pouvoir absolu, la maîtrise que la loi accorde au mari? Peut-on dire que le mari a le droit d'aliéner et d'hypothéquer, alors que la femme, en renonçant, ferait tomber les aliénations et les hypothèques?

Il y a une réponse à ces objections et nous la croyons péremptoire. Non, la loi ne dit pas en termes formels que la femme renonçante n'a jamais été associée, mais la tradition et les principes le disent. Dumoulin, dans son langage énergique, disait que la femme, pendant la durée de son mariage, n'était pas associée, qu'il y avait seulement espérance qu'elle le deviendrait. Quand le devient-elle? Lorsqu'elle accepte. Si elle renonce, elle ne l'a jamais été. Voilà ce que dit la tradition. Est-il vrai que le code dise le contraire? On cite l'article 1492, aux termes duquel la femme qui renonce *perd* toute espèce de droit sur les biens de la communauté; dire qu'elle *perd* tout droit, c'est dire

les autorités qui y sont citées. Il faut ajouter Bordeaux, 28 juin 1870 (Dalloz, 1871, 2, 99).

(1) Bruxelles, 26 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 473). Rejet, chambre civile, 4 février 1856 (Dalloz, 1856, 1, 161). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 225, note 30, § 264 *ter*, et les autorités en sens divers qui y sont citées.

qu'elle a eu un droit; elle a donc eté associée et elle cesse de l'être par sa renonciation. Sans doute, la femme, de fait, a été associée : est-ce à dire qu'elle ait concouru aux actes du mari lorsqu'elle renonce? Telle est la vraie et la seule difficulté : or, la loi et les principes répondent que la femme renonçante n'a pas été partie aux actes faits par le mari, car elle n'est pas tenue des obligations qui en résultent, et dire qu'elle n'est pas débitrice, c'est dire qu'elle n'a pas parlé au contrat, qu'elle n'y a pas concouru, qu'elle y est étrangère; ce qui est décisif.

Ce que l'on ajoute n'est pas sérieux. Que l'hypothèque de la femme entrave le droit de disposition du mari, qui en doute? Mais qu'est-ce que cela prouve? L'hypothèque que la femme a sur les propres du mari entrave aussi l'exercice de son droit de propriété; cela n'empêche pas le droit de la femme, et cela n'anéantit pas le droit de propriété du mari; seulement c'est un droit limité, démembré par l'hypothèque. Il en est ainsi de toute hypothèque. Le droit du mari comme seigneur et maître n'est pas plus entravé que son droit comme propriétaire de ses propres. L'objection est donc de celles qui prouvent trop et dont on dit qu'elles ne prouvent rien.

372. Il reste une difficulté sur laquelle il y a également controverse. Un ordre s'ouvre pendant le mariage sur un conquêt grevé d'une inscription au profit de la femme. La femme peut-elle produire et sera-t-elle colloquée? Il est impossible qu'elle soit colloquée définitivement, puisque l'existence de son hypothèque est subordonnée au parti qu'elle prendra lors de la dissolution de la communauté, et il ne peut être question d'accepter ni de renoncer tant que la communauté n'est point dissoute. Mais on admet une collocation provisoire quand le droit du créancier est éventuel : il a été jugé que la femme peut invoquer ce principe et se faire colloquer provisoirement. La décision est une conséquence logique du principe, si l'on admet l'opinion générale que nous venons d'enseigner. Si la femme a une hypothèque, en cas de renonciation, elle doit avoir le droit de la conserver en faisant des actes conservatoires. On ne peut pas lui objecter qu'elle n'a pas d'hypothèque, car pendant

la durée de la communauté, les conquêts sur lesquels elle a pris inscription sont la propriété du mari; son droit actuel de se présenter à l'ordre ne saurait donc être contesté; seulement la collocation ne peut être définitive, puisque l'hypothèque peut s'évanouir. On concilie tous les droits en la colloquant provisoirement (1).

§ III. *Spécialisation de l'hypothèque de la femme.*

N° 1. OBJET ET EFFET DE LA SPÉCIALISATION.

373. L'hypothèque légale de la femme, de même que celle des mineurs et interdits, était dispensée de l'inscription sous l'empire du code civil, en ce sens qu'elles produisaient effet, alors même qu'elles n'avaient pas été inscrites. Elle était aussi générale. Ainsi, tous les biens du mari, présents et à venir, même ceux qu'il acquérait après la dissolution du mariage, étaient grevés d'hypothèque au profit de la femme. Les tiers qui traitaient avec le mari pouvaient savoir, à la vérité, que ses biens étaient soumis à l'hypothèque légale, puisque la loi le leur apprenait, mais il leur était impossible de connaître l'étendue de ces charges; et quand les biens étaient aliénés, il devenait très-difficile, après de nombreuses mutations, de s'assurer s'ils avaient été possédés par un homme marié, et plus difficile encore de s'informer du montant des créances garanties par cette hypothèque occulte. Une grande partie du sol était grevée de charges que les tiers ne pouvaient pas connaître; il en résultait que les transactions immobilières étaient entravées, au grand préjudice des propriétaires qui ne trouvaient pas le crédit auquel leur fortune leur donnait droit, ou ne l'obtenaient qu'à des conditions ruineuses. La clandestinité et la généralité de l'hypothèque légale de la femme étaient incompatibles avec le principe de la loi nouvelle; le législateur belge l'a soumise à la règle générale de la publicité et de la spécialité. Pour que l'hypothèque

(1) Bastia, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1868, 2, 147). En sens contraire, Metz, 31 décembre 1867 (Dalloz, 1868, 2, 145).

légale de la femme puisse être inscrite, elle doit être préalablement spécialisée, c'est-à-dire que le montant des créances doit être fixé et qu'un acte doit déterminer les immeubles sur lesquels inscription sera prise.

374. Le principe de la spécialisation est commun aux hypothèques légales de la femme et des mineurs, mais l'organisation diffère. Quand il s'agit des mineurs, la loi veut que les garanties hypothécaires leur soient assurées dès l'ouverture de la tutelle, et avant l'entrée en gestion du tuteur. De là, la nécessité de spécialiser et d'inscrire l'hypothèque à un moment où le mineur n'a pas encore de droits contre son tuteur, et où il est impossible de préciser le montant des créances qu'il pourra avoir. Cela n'est pas sans inconvénient. En principe, l'hypothèque ne peut pas exister tant qu'il n'y a point d'obligation principale, puisqu'il ne saurait y avoir de garantie accessoire tant qu'il n'y a pas de droit qui doive et puisse être garanti. De plus il y a danger que l'inscription qui sera prise avant l'entrée en gestion du tuteur ne soit ou excessive ou insuffisante; de là, la nécessité de la réduire ou de l'augmenter, ce qui nécessite de nouvelles délibérations du conseil de famille, alors qu'il est déjà si difficile d'en obtenir une seule.

La spécialisation de l'hypothèque légale de la femme se fait-elle de la même manière? En théorie, il y a une différence entre les droits de la femme et les droits des mineurs. Ceux-ci ont action contre le tuteur du chef de sa gestion; la garantie du mineur doit donc exister dès que la gestion commence. De là, la nécessité de spécialiser l'hypothèque légale des mineurs avant l'entrée en fonctions du tuteur, et de donner rang à l'hypothèque avant que la créance existe. Il n'en est pas de même de la femme. Les droits que l'hypothèque légale est destinée à garantir, naissent à des époques diverses; les uns avant le mariage, et résultant des conventions matrimoniales des futurs époux; les autres pendant le cours du mariage. Quant aux droits qui naissent lors du mariage, il est facile de les spécialiser et d'inscrire l'hypothèque avant la célébration du mariage, puisque les époux qui ont des biens font régulièrement un contrat devant notaire; c'est de ce contrat que procèdent

les droits que la femme a contre son mari; il était naturel de spécialiser la garantie hypothécaire par le même acte qui donne naissance aux droits qu'elle a pour objet d'assurer. Mais il est impossible de spécialiser, avant le mariage, les droits qui naissent pendant le cours de l'union conjugale; ce sont ou des espérances, telles que les successions et les donations que la femme recueillera, mais des espérances ne sont pas des droits; ou ce sont des obligations que la femme contracte avec son mari, et comment prévoir, avant le mariage, les nécessités qui engageront la femme à s'obliger? Il en est de même des récompenses dues à la femme en cas d'aliénation de ses propres, elles dépendent d'éventualités qu'il est impossible de prévoir. Il fallait donc organiser, pour les droits de la femme qui prennent naissance pendant le mariage, un mode de spécialisation différent de celui que l'on suit pour spécialiser l'hypothèque de la femme au moment où sont dressées les conventions matrimoniales. Dans le dernier cas, la spécialisation se fait lorsque les droits naissent, quoiqu'ils ne deviennent certains que par la célébration du mariage. Dans le premier cas, la spécialisation ne peut se faire qu'au fur et à mesure que les créances de la femme prennent naissance : quand une succession lui échoit, quand elle contracte une obligation dans l'intérêt de son mari, ou quand la communauté tire un profit des propres de la femme.

375. Cette théorie est-elle celle de la loi hypothécaire? C'était celle du code civil (art. 2135). Quant au mineur, le code ne faisait aucune distinction; il lui donnait une hypothèque, du jour de l'acceptation de la tutelle, pour tous les droits qu'il avait contre le tuteur du chef de la gestion de celui-ci. Mais, quant à la femme, l'article 2135 distinguait: pour les dot et conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour les droits qui naissent lors du mariage, la femme avait hypothèque à compter du jour où le mariage était célébré. Toutefois, en ce qui concerne la dot, la femme n'avait hypothèque pour les sommes dotales provenant de successions à elle échues, ou de donations à elle faites pendant le mariage, qu'à compter de l'ouverture des successions ou

du jour que les donations avaient eu leur effet. Donc le rang de l'hypothèque légale dépendait de la date à laquelle la créance dotale prenait naissance. Il en était de même de l'hypothèque pour l'indemnité des dettes que la femme contractait avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés : elle avait rang à partir du jour de l'obligation ou de la vente.

La loi belge a-t-elle dérogé au code Napoléon? Elle y a dérogé en un point très-important, c'est que l'hypothèque de la femme n'existe plus de plein droit; elle doit être spécialisée et inscrite, et son rang dépend de la date de l'inscription. Voilà pourquoi la loi belge ne s'occupe plus du rang de l'hypothèque légale; celle-ci est soumise au droit commun, elle n'a rang qu'à partir de son inscription. Reste à savoir quand elle peut être inscrite. La loi contient, à cet égard, trois dispositions. D'abord l'article 64, qui permet à la femme de spécialiser son hypothèque pour sa dot et ses conventions matrimoniales, par le contrat de mariage; l'hypothèque spécialisée doit être immédiatement inscrite avant la célébration du mariage, et elle a effet à partir de son inscription. C'est le système du code civil, sauf que l'hypothèque de la femme avait rang sans inscription à partir du jour du mariage (art. 2135, 2°).

L'article 64 ajoute, § 2, que la femme peut également stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour garantie des reprises de toute nature, même *conditionnelles* ou *éventuelles,* qu'elle pourra avoir à exercer contre son mari. Cette disposition donne lieu à une première difficulté : l'hypothèque pour reprises doit-elle être *stipulée,* c'est-à-dire est-elle *conventionnelle* ou est-elle *légale,* et la spécialisation seulement se fait-elle par convention? Cette dernière opinion est la nôtre; nous y reviendrons. Il y a une autre difficulté. Qu'est-ce que la loi entend par *reprises de toute nature, conditionnelles* ou *éventuelles?* A notre avis, ce sont les reprises stipulées par contrat de mariage, donc des droits contractuels; peu importe qu'ils soient *conditionnels* ou *éventuels,* car un droit conditionnel ou éventuel peut être garanti par une hypothèque. Si les reprises sont des droits contractuels, elles se confondent

avec les conventions matrimoniales mentionnées dans le § 1[er]. Pourquoi la loi, après avoir parlé des conventions matrimoniales en général, parle-t-elle des *reprises* qui, dans notre opinion, résultent aussi des conventions matrimoniales? Les travaux préparatoires ne nous apprennent rien sur l'objet du § 2 de l'article 64; il faut donc recourir à la tradition. Or, sous l'empire du code civil, la question de savoir si la femme avait une hypothèque légale pour les reprises conditionnelles et éventuelles stipulées par le contrat de mariage, était controversée; les auteurs de la loi nouvelle ont tranché cette controverse, comme ils le font régulièrement pour les difficultés qui s'étaient présentées dans l'application du code Napoléon (n[os] 351-355).

376. Les articles 66 et 67 confirment notre interprétation. L'article 66 prévoit le cas où l'hypothèque n'a pas été stipulée, c'est-à-dire spécialisée par le *contrat*, et le cas où les garanties déterminées par le *contrat* sont insuffisantes. Cette disposition se rapporte à l'article 64, comme le dit formellement la fin de l'article 66. On suppose d'abord que le contrat de mariage garde le silence sur l'hypothèque légale de la femme; cela n'empêche pas cette hypothèque d'exister, puisqu'elle existe en vertu de la loi; la loi devait donc donner à la femme un moyen de la rendre efficace en la spécialisant et en l'inscrivant pendant le mariage; ce qui se fait, comme nous le dirons plus loin, avec l'autorisation du président du tribunal.

L'hypothèque stipulée par le contrat peut aussi être insuffisante. Dans ce cas, la loi permet à la femme, toujours autorisée par le président, de prendre une inscription supplémentaire.

Enfin, il peut ne pas y avoir de contrat de mariage devant notaire : les conventions matrimoniales des époux sont réglées, dans ce cas, par la loi. Il est impossible, dans cette hypothèse, de spécialiser l'hypothèque de la femme avant le mariage, puisque la spécialisation ne peut se faire que par contrat notarié. Elle se fera pendant le mariage avec autorisation du président. L'article 66, à la fin, dit que, dans tous ces cas, la femme pourra requérir une inscription *pour sûreté des droits énumérés au* § 1[er] *de*

l'article 64. Cela veut-il dire que la femme ne peut pas prendre inscription, pendant le mariage, pour sûreté des reprises dont il est parlé dans le § 2 de l'article 64? La loi ainsi interprétée n'aurait pas de sens. En effet, les *reprises* du § 2 sont des droits de même nature que les *conventions matrimoniales* du § 1er; elles sont comprises parmi les *droits* et *créances* pour sûreté desquelles l'article 47 accorde une hypothèque à la femme; cette hypothèque est donc légale, comme nous le dirons plus loin, et non conventionnelle. Donc si l'hypothèque légale pour reprises n'est pas spécialisée par le contrat, la femme doit avoir le droit de la faire spécialiser et inscrire pendant le mariage. Il y a non-seulement identité de motif, il y a un argument *a fortiori*. Quand les droits de la femme sont certains, il n'y a aucune raison pour ne pas spécialiser l'hypothèque par l'acte même qui y donne naissance; tandis que, les droits conditionnels ou éventuels pouvant ne pas se réaliser, l'intérêt de la femme est moindre, il peut devenir plus probable pendant le mariage; la loi serait donc souverainement illogique et incompréhensible si elle refusait à la femme le droit de prendre inscription, pendant le mariage, pour les reprises conditionnelles ou éventuelles, alors qu'elle lui permet de prendre inscription pour des droits certains résultant des conventions matrimoniales, dans les cas où, pour une cause quelconque, la femme n'a pas fait spécialiser son hypothèque par son contrat de mariage.

On demandera pourquoi la loi, au lieu de dire : pour sûreté des droits énumérés en l'article 64, ce qui aurait compris formellement les *reprises*, a dit : pour sûreté des droits énumérés au § 1er de l'article 64; ce qui semble exclure les reprises conditionnelles ou éventuelles. Cette apparente restriction ne se trouvait pas dans le projet; elle fait partie des amendements que le ministre de la justice a proposés, il n'en a pas développé les motifs; et la commission de la chambre, en les adoptant, a déclaré que c'étaient de simples changements de rédaction (1); donc des chan-

(1) Parent, p. 172 et 194.

gements qui ne touchent pas au fond. C'est tout ce que les travaux préparatoires nous apprennent. En définitive, nous ne savons pas pourquoi le projet a été modifié; toujours est-il qu'il ne l'a pas été au fond. Donc la question doit être décidée d'après les principes et d'après l'esprit de la loi.

377. Reste l'article 67, qui parle de *toutes causes de recours* que la femme peut avoir contre le mari. Ces termes sont trop généraux, car ils comprennent même les droits nés lors du mariage, puisqu'ils donnent aussi lieu à un recours contre le mari; or, ces droits sont sauvegardés par l'article 66; donc l'article 67 ne peut pas prévoir ces mêmes causes de recours. L'expression *toutes causes de recours* doit donc être limitée; les exemples que la loi donne prouvent qu'il s'agit de droits naissant pendant le mariage : « ... telles que, dit l'article 67, les causes de recours qui résultent d'obligations souscrites par la femme, d'aliénation de ses propres, de donations ou de successions auxquelles elle aurait été appelée. » Toutes ces créances prennent naissance pendant le mariage; donc les causes de recours dont parle l'article 67 sont celles qui existent entre époux; elles n'ont pas pu être spécialisées par le contrat de mariage, parce que la spécialisation en est impossible à cette époque; partant, le législateur a dû permettre à la femme de les faire spécialiser et inscrire au fur et à mesure qu'elles naissent, si, bien entendu, elle y trouve un intérêt. Dire que l'hypothèque peut être spécialisée pendant le mariage, ce n'est pas dire que la femme prendra toujours inscription; il ne faut pas perdre de vue que l'hypothèque est une garantie en cas d'insolvabilité du mari; c'est donc seulement quand il y a crainte d'insolvabilité que la femme fera spécialiser et inscrire son hypothèque, ce qui sera toujours une rare exception.

Ainsi interprété, le système de la loi belge est irréprochable. Elle ne grève pas les biens du mari inutilement, en vue d'une insolvabilité qui d'ordinaire ne se présentera pas : c'était le vice du code civil. Tous les biens du mari, présents et futurs, étaient chargés de plein droit d'hypothèques pour la garantie des droits de la femme, droits qui le plus souvent n'avaient rien à risquer, puisque régulière-

ment le mari est solvable : la faillite et la déconfiture sont toujours des exceptions. D'après la loi belge, l'hypothèque légale doit être spécialisée et inscrite ; elle le sera bien rarement par le contrat de mariage, car, à ce moment, les futurs époux ou leurs familles ne peuvent certes pas prévoir l'insolvabilité du mari. La spécialisation sera encore rare pendant le mariage : pourquoi la femme réaliserait-elle sa garantie hypothécaire tant que ses droits ne courent aucun risque? Et c'est certainement là le cas général. C'est seulement quand les affaires du mari se dérangeront et que les droits de la femme seront menacés, que la femme et sa famille songeront à assurer ses droits par une inscription hypothécaire. Et si l'inscription est prise avant que l'insolvabilité du mari soit consommée, les droits de la femme seront garantis. La loi belge lui procure donc une sûreté suffisante, sans grever inutilement tout le patrimoine immobilier du mari.

378. Il y a une autre interprétation des articles 64, 66 et 67 qui est généralement admise. On enseigne que la femme peut, en vertu de l'article 64, prendre inscription, avant le mariage, pour tous les droits actuels et futurs qu'elle a ou pourra avoir contre son mari, soit par son contrat de mariage, soit pendant le mariage, en faisant spécialiser l'hypothèque conformément audit article. De sorte que la femme pourrait faire spécialiser, dans son contrat de mariage, les causes de recours prévues par l'article 67, aussi bien que les droits énumérés par l'article 64 ; non-seulement l'hypothèque pour sûreté de sa dot, de ses conventions matrimoniales et de ses reprises, mais encore l'hypothèque pour sûreté de toutes espèces de recours naissant pendant le mariage, telles que celles qui résulteront d'obligations par elle souscrites, d'aliénation de ses propres, de donations qu'elle recevrait ou de successions auxquelles elle pourrait être appelée. Voici quel serait, dans ce système, le rapport entre l'article 64 et les articles 66 et 67. Par son contrat de mariage, la femme peut faire spécialiser toutes les créances qu'elle a ou pourra avoir contre son mari. Si elle ne l'a pas fait, elle peut encore requérir inscription, pendant le mariage, pour ses dot et conventions

matrimoniales, en vertu de l'article 66, et pour toutes les autres causes de recours en vertu de l'article 67 (1).

Nous croyons que cette interprétation est en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi, et elle n'a aucun appui ni dans la tradition, ni dans les travaux préparatoires. L'article 47 accorde à la femme une hypothèque légale pour ses *droits* et *créances*. Cette hypothèque doit être spécialisée; les articles 64, 66 et 67 règlent la spécialisation. Le premier élément de la spécialisation consiste à déterminer le montant de la créance. La loi fait, à cet égard, une distinction très-naturelle, empruntée au code civil. Il y a des droits qui naissent lors du mariage, ils résultent des conventions matrimoniales; le contrat qui les stipule spécialise en même temps l'hypothèque que la femme a pour la sûreté de ces droits; c'est l'objet de l'article 64, qui concerne la dot et les conventions matrimoniales, ainsi que les *reprises*. Qu'entend-on par *reprises?* Le mot suppose que la femme *reprend*, en tout ou en partie, les biens qu'elle a apportés au mari pour l'aider à subvenir aux charges du mariage. Si elle les reprend, c'est en vertu d'une convention matrimoniale; donc les reprises mentionnées au § 2 rentrent dans les conventions matrimoniales dont parle le § 1er; si la loi a ajouté une disposition particulière sur les reprises, c'est que, sous l'empire du code, la question de savoir si la femme avait une hypothèque légale pour ses reprises conditionnelles et éventuelles était controversée. L'article 64 tranche la controverse en faveur de la femme (n° 375).

Dans l'opinion contraire, on comprend sous le mot *reprises* toutes les causes de recours dont parle l'article 67, c'est-à-dire les droits qui naissent pendant le mariage. Nous remarquerons d'abord que l'article 67 ne parle pas de *reprises;* il dit que la femme peut prendre inscription pour *toutes causes de recours,* et les exemples qu'il donne prouvent qu'il s'agit de recours qui naissent pendant le mariage. Quand la femme souscrit une obligation en faveur de son mari, elle a un *recours* contre lui, elle n'a pas une *reprise;*

(1) Martou, t. III, p. 80, n° 919; Beckers, p. 130, nos 105-107).

quand ses propres sont aliénés, elle ne peut pas les *reprendre*, elle a une récompense qu'elle exerce par voie de prélèvement ou d'action contre son mari; c'est cette action qui est garantie par une hypothèque. Toutefois l'article 1470 donne le nom de *reprise* à l'exercice des droits de la femme sur les biens du mari; on pourrait donc dire que l'article 64 permet de spécialiser l'hypothèque que la femme a, de ce chef, sur les biens du mari. Il en est de même des successions et donations que la femme recueille pendant le mariage; il y a lieu à recours, de ce chef, quand ce sont des sommes dotales, dont la femme a la *reprise* en vertu des conventions matrimoniales. La question est de savoir si les *recours* ou *reprises* prévus par l'article 67 rentrent dans l'expression générale de *reprises éventuelles* dont se sert l'article 64.

A notre avis, l'article 67 n'a aucun rapport avec l'article 64. L'article 64 suppose que la femme a droit à des reprises en vertu du contrat de mariage, reprises dont le montant est déterminé, quoique le droit puisse être conditionnel ou éventuel; par exemple, le droit de reprendre, en cas de renonciation, le mobilier qu'elle apporte en mariage: on sait quel est le montant de la reprise, mais le droit de la femme est conditionnel et éventuel, puisqu'il dépend de sa survie et de sa renonciation. Rien n'empêche donc la femme de spécialiser l'hypothèque par son contrat de mariage. Le cas prévu par l'article 67 est tout différent : il s'agit d'un droit né pendant le mariage et que le contrat de mariage n'a pas pu spécialiser : telles sont les sommes dotales que la femme recueille à titre de donation ou de succession. Le contrat de mariage peut bien dire que la femme reprendra le mobilier dotal qui lui écherra pendant le mariage, mais il ne peut pas déterminer, même approximativement, le montant de ces sommes. Il y a plus : la loi n'accorde pas d'hypothèque, de ce chef, lors du mariage; donc il ne peut pas s'agir de la spécialiser. En effet, la loi accorde une hypothèque à la femme pour ses *droits* et *créances*; or, les donations et successions que la femme pourra recueillir et, par suite, reprendre ne sont ni un *droit* ni une *créance*; les successions ne sont qu'une espérance, et

les donations sont moins que cela. C'est parce que les créances qui naissent pendant le mariage ne peuvent pas être spécialisées par le contrat de mariage, que la loi a dû permettre à la femme de les faire spécialiser et inscrire pendant le mariage. C'est ce que fait l'article 67, sans citer l'article 64, comme le fait l'article 66. Si, comme on le prétend, l'article 67 avait le même but que l'article 66, la loi aurait répété dans l'article 67 ce qu'elle dit dans l'article 66 : « A défaut de stipulation d'hypothèque, ou en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat », etc. Pour mieux dire, un seul article aurait suffi pour dire que la femme peut spécialiser son hypothèque pendant le mariage, comme elle le peut par son contrat de mariage. Dans l'opinion que nous combattons, l'article 67 n'a pas de raison d'être.

Si les textes laissaient un doute, il serait levé par l'esprit de la loi. Le code civil accordait une hypothèque générale et occulte à la femme; c'était une faveur excessive. Toutefois il réglait le rang de cette hypothèque dans l'intérêt des tiers et du mari. Ainsi, pour la dot, l'hypothèque avait rang à compter du jour du mariage, en ce qui concerne les biens apportés lors du contrat; mais, quant aux sommes dotales provenant de successions échues ou de donations à elle faites pendant le mariage, l'hypothèque n'avait rang qu'à partir de l'ouverture des successions ou du jour où les donations avaient eu leur effet; de même la femme n'avait d'hypothèque, pour les dettes par elle contractées avec son mari et pour le remploi de ses propres aliénés, qu'à compter du jour de l'obligation ou de la vente. Dans ce système, les biens du mari restaient libres et, par conséquent, il conservait quelque crédit, quant aux droits qui prenaient naissance pendant le mariage, jusqu'à ce que ces droits fussent nés. Le législateur belge a soumis l'hypothèque légale de la femme mariée à la loi commune de la spécialité et de la publicité. Il l'a fait dans l'intérêt du crédit du mari et des droits des tiers; et l'on veut que la loi ait aggravé les vices du code civil en accordant à la femme une hypothèque ayant rang avant le mariage pour les droits qui ne prennent naissance que pendant le mariage, et qui

le plus souvent n'existeront point! Cela n'aurait pas de sens.

On dira que, l'hypothèque devant être spécialisée, tout dépendra des parties contractantes. Sans doute; aussi la question que nous discutons est-elle assez oiseuse, car nous doutons qu'il se soit trouvé et qu'il se trouve jamais des époux qui stipulent une hypothèque spéciale par leur contrat de mariage, pour les droits qui pourraient naître pendant le mariage. C'est un débat de théorie. Toujours est-il que la loi, telle qu'on l'interprète, serait absurde, car elle aboutirait à ceci : c'est que le législateur belge, qui voulait diminuer les inconvénients de l'hypothèque légale, les aurait aggravés en donnant à la femme une hypothèque pour des droits que, le plus souvent, la femme n'aura point. Il faut dire plus; c'est que, au point de vue pratique, l'application de la loi serait impossible. Pour spécialiser, il faut une base : et où est la base de la spécialisation quand il s'agit de donations futures ou d'obligations futures? Si cependant les époux stipulaient une hypothèque pareille, serait-elle valable? Ce ne serait pas une hypothèque légale, ce serait une hypothèque conventionnelle; il faudrait, par conséquent, appliquer les principes que nous exposerons, au titre des *Hypothèques conventionnelles*, sur l'hypothèque des dettes futures.

379. Dans notre opinion, la loi belge reproduit le système du code civil sur le rang de l'hypothèque, en distinguant les droits qui naissent lors du mariage de ceux qui prennent naissance pendant le mariage. Mais notre loi améliore le code Napoléon en ordonnant la spécialité et la publicité de l'hypothèque légale. Si la femme prend soin de faire spécialiser son hypothèque et de l'inscrire, avant le mariage, pour sa dot, ses conventions matrimoniales et ses reprises, et, pendant le mariage, aussitôt qu'elle acquiert une créance contre son mari, le système de la nouvelle loi sera identique avec celui de la loi ancienne, sauf cette seule différence que l'hypothèque pour raison des droits qui naissent pendant le mariage n'aura rang que postérieurement à l'acquisition de ces droits; tandis que, sous l'empire du code civil, l'hypothèque existait à l'instant

même où le droit était acquis. La loi hypothécaire maintient donc le principe du code civil quant au rang de l'hypothèque légale; elle le modifie seulement en un point, c'est que, pour avoir ce rang, la femme doit spécialiser son hypothèque et l'inscrire. C'est une grande amélioration, au point de vue des intérêts du mari et des tiers. Régulièrement l'hypothèque ne sera pas spécialisée ni inscrite, parce que la garantie sera inutile; et, dans ce cas, le mari jouira de tout le crédit que lui assure sa fortune. S'il devient nécessaire de prendre inscription sur ses biens, les intérêts de la femme seront aussi sauvegardés, puisque, d'un instant à l'autre, elle peut faire spécialiser et inscrire son hypothèque avec l'autorisation du président.

380. L'hypothèque légale de la femme étant soumise à la publicité, il en résulte que tous ses effets dépendent de l'inscription. Il faut donc appliquer à l'hypothèque de la femme le principe établi par l'article 81 (code civil, article 2134) en ces termes : « Entre les créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi. » Cela est sans difficulté pour les droits qui sont spécialisés pendant le mariage; la femme ne peut requérir inscription qu'à partir du moment où elle a acquis un droit contre son mari et après que le président aura spécialisé l'hypothèque. Quant aux droits antérieurs au mariage, l'article 64 porte que la spécialisation se fera par le contrat de mariage et que l'hypothèque sera inscrite par le mari avant la célébration du mariage; la loi ajoute que l'hypothèque aura son effet à dater de l'inscription. C'est l'application des principes généraux; d'une part, l'hypothèque a rang dès qu'elle est inscrite (art. 81; code civil, art. 2134); et, d'autre part, les conventions matrimoniales sont consenties sous la condition que le mariage sera célébré, et la condition accomplie a un effet rétroactif (art. 1179); d'où la conséquence que les conventions matrimoniales produisent leur effet à partir du jour où le contrat a été passé devant notaire. Cela est très-juridique, mais le résultat n'en est pas moins étrange : c'est que l'hypothèque aura rang à un moment où il n'y a encore ni

mariage, ni femme mariée, ni droits contre le mari. Le code civil évitait cette anomalie, en disposant que l'hypothèque pour dot et conventions matrimoniales aurait rang à partir du mariage célébré devant l'officier de l'état civil, et non à partir du contrat reçu par notaire (art. 2135).

381. Dans notre opinion, l'hypothèque dont parle l'article 64 est légale. On interprète d'ordinaire la loi en ce sens que l'hypothèque de la femme pour les droits qui naissent lors du mariage est conventionnelle plutôt que légale. M. d'Anethan le dit en toutes lettres, dans son rapport au sénat : « L'hypothèque que la femme peut *acquérir* en vertu de l'article 64 est une *véritable hypothèque conventionnelle*; elle sera *stipulée* dans le contrat de mariage; elle sera donc *donnée* du *consentement* du mari (1). » La plupart des auteurs reproduisent cette explication. Martou dit que l'hypothèque de la femme, établie en principe par la volonté du législateur, n'existe en fait que par la volonté des parties. A ce point de vue, l'hypothèque de la femme reproduit les caractères de l'hypothèque conventionnelle, bien plus qu'elle ne rappelle l'ancienne hypothèque légale, qui s'exerçait sur tous les immeubles du mari, présents et futurs, par le seul effet de la loi. Plus loin, Martou répète les paroles du rapporteur de la commission du sénat : « L'hypothèque légale qui fait l'objet de l'article 64 est devenue une *véritable hypothèque conventionnelle* (2). »

Dans cette opinion, l'hypothèque de la femme n'est légale que lorsqu'elle est inscrite pendant le mariage. « Les articles 66 et 67, dit M. d'Anethan, permettent à la femme de requérir une inscription hypothécaire, après la célébration du mariage, pour toutes causes légitimes de recours quelconques. Cette faculté constitue véritablement le droit d'hypothèque légale, puisque le consentement du propriétaire de l'immeuble n'est pas exigé pour la constituer (3). » M. Arntz a systématisé cette interprétation en disant que

(1) D'Anethan, Rapport de la commission (Parent, p. 417). Le ministre de la justice a dit, dans la séance du 5 février 1851, que l'hypothèque, d'après le projet, était à la fois légale et conventionnelle (Parent, p. 294).
(2) Martou, t. III, p. 18, nos 894 et 895.
(3) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 418).

l'hypothèque de la femme est conventionnelle ou légale : elle est conventionnelle dans le cas prévu par l'article 64, elle est légale dans les cas prévus par les articles 66 et 67 (1).

M. Delebecque est le seul interprète qui rejette cette distinction (2); nous croyons, comme lui, que l'hypothèque de la femme est toujours légale, seulement la spécialisation en est conventionnelle quand elle se fait avant le mariage; tandis que, pendant le mariage, elle se fait sans concours de consentement. Les textes et les principes ne laissent aucun doute sur ce point. C'est l'article 45 qui définit les diverses espèces d'hypothèques; il distingue l'hypothèque légale de l'hypothèque conventionnelle : la première résulte de la loi, la seconde dépend des conventions. C'est dire que l'hypothèque légale existe, indépendamment de toute convention, par la seule force de la loi. Puis vient une section intitulée : *Des hypothèques légales*. L'article 47 les énumère, et en première ligne, il place l'hypothèque de la femme. « Les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée sont : ceux des femmes mariées, sur les biens de leur mari. » L'hypothèque de la femme est donc légale; par cela seul elle ne saurait être conventionnelle. car ce qui caractérise l'hypothèque légale, c'est que la loi seule la crée, et elle la crée parce que les incapables auxquels elle l'accorde ne peuvent pas, à raison de leur incapacité, veiller eux-mêmes à leurs intérêts. Il est donc contradictoire de parler d'une hypothèque *conventionnelle* quand il est question des incapables; si leur hypothèque était conventionnelle, il eût été inutile que le législateur intervînt, comme le dit l'article 47, pour attacher cette garantie à leurs droits et créances; il pouvait s'en rapporter aux libres stipulations des parties intéressées.

382. Reste à savoir si les articles 64, 66 et 67 justifient la distinction que font les interprètes entre l'hypothèque conventionnelle de la femme et son hypothèque légale. Nous disons que cela est impossible; car le législateur,

(1) Arntz, *Cours de droit français*, t. II, p. 718 et 719.
(2) Delebecque, *Commentaire législatif*, p. 256, n° 344.

après avoir dit, dans l'article 47, que l'hypothèque de la femme est légale, ne peut pas dire, dans l'article 64, qu'elle est conventionnelle en règle générale, et légale par exception, dans les cas où les parties ne l'auraient pas spécialisée par contrat de mariage. En réalité, la loi ne dit pas cela. Quel est l'objet des articles 64, 66 et 67? Est-ce de définir la nature de l'hypothèque dont la femme jouit? Non, les articles 45 et 47 avaient décidé que la femme a une hypothèque légale pour ses droits et créances. Mais comme cette hypothèque est soumise aux principes de spécialité et de publicité, il fallait régler le mode de la spécialiser et déterminer par qui elle serait inscrite. Il ne s'agit donc, dans les articles 64, 66 et 67, que de la spécialisation de l'hypothèque de la femme. Avant le mariage, elle se fait par convention, partant, elle est conventionnelle; pendant mariage, elle se fait sans concours de consentement. Est-ce le à dire que l'*hypothèque* devient conventionnelle lorsqu'elle est spécialisée par contrat de mariage? L'hypothèque conventionnelle est celle qui n'existe que par le concours de volontés des parties intéressées; et, une fois qu'elle est consentie, les parties ne peuvent demander ni la réduction, ni l'extension de l'inscription. Or, l'hypothèque de la femme existe, en vertu de la loi (art. 47), avant d'être spécialisée; et, alors même qu'elle est spécialisée par contrat de mariage, la femme peut encore, pendant le mariage, requérir de nouvelles inscriptions en vertu de l'article 66. La femme créancière n'est donc pas liée par la spécialisation conventionnelle; ce qui est très-logique, comme nous le dirons plus loin. Il y a plus; le plus souvent il n'y a pas de spécialisation conventionnelle, parce qu'il n'y a pas de contrat de mariage : c'est la communauté légale qui est le régime de droit commun, et c'est aussi le régime ordinaire. Quoiqu'il n'y ait pas de contrat de mariage, la femme a une hypothèque, et cette hypothèque est nécessairement légale. Alors même que les époux font un contrat devant notaire, il arrivera le plus souvent que l'hypothèque n'y sera pas spécialisée; cela n'empêche pas la femme d'avoir une hypothèque légale, qu'elle pourra faire spécialiser pendant le mariage : voilà encore un cas dans lequel l'hypothèque de

la femme n aura rien de conventionnel, pas même la spécialisation. Reste le cas où l'hypothèque est spécialisée par contrat de mariage : en résultera-t-il que l'hypothèque soit conventionnelle? Non, car la spécialisation ne lie pas la femme créancière, quoiqu'elle y ait consenti. Si la garantie, telle qu'elle a été spécialisée, est insuffisante, la femme peut requérir de nouvelles inscriptions après le mariage. En vertu de quel droit? Ce n'est certes pas en vertu du contrat de mariage, puisque la femme modifie ce contrat, c'est en vertu du droit que la loi lui confère; donc son hypothèque est légale, et non conventionnelle.

383. On peut objecter les mots *stipuler* et *stipulation*, dont la loi se sert dans les articles 64 et 66. Ces mots impliquent une convention : le créancier *stipule* et le débiteur *promet*. Dire que la femme peut *stipuler* une hypothèque, n'est-ce pas dire que cette hypothèque est conventionnelle? Nous répondons que l'expression *stipuler* est inexacte, en tant qu'on l'applique à l'hypothèque; elle n'est exacte que si on l'entend de la spécialisation; le texte même de la loi le prouve.

Le § 1er de l'article 64 porte que « la femme *aura* une hypothèque spéciale sur les biens qui sont affectés par le contrat de mariage, pour sûreté de sa dot et de ses conventions matrimoniales ». Il n'est pas question de *stipulation* dans le texte; il ne s'agit que de *spécialiser* l'hypothèque que la femme *a*, et elle l'*a* en vertu de la *loi* (art. 47). Cependant l'article 66, qui se rapporte au § 1er de l'article 64, dit : « A défaut de *stipulation d'hypothèque*, ou en cas d'insuffisance des garanties *déterminées* par le contrat. » La loi appelle donc *stipulation d'hypothèque* la *spécialisation* qui a été faite, par le contrat de mariage, des biens sur lesquels la femme peut prendre inscription. L'expression est mauvaise, car on ne *stipule* pas une *hypothèque* que la loi accorde (1). Peut-être le législateur n'a-

(1) Le langage usuel, en matière d'hypothèque légale, est très-incorrect. Ainsi, dans la discussion de la loi, on disait toujours *prendre hypothèque*, pour indiquer la spécialisation et l'inscription. On ne *prend* pas une hypothèque que la loi accorde et que le créancier *a* au moment où il la fait spécialiser et inscrire.

t-il pas voulu se servir du mot *spécialisation* parce qu'il n'est pas français, du moins il ne se trouve pas dans le Dictionnaire de l'Académie. Toujours est-il que, dans le § 1er de l'article 64, la loi n'emploie pas le mot *stipuler*; la femme ne stipule pas, elle spécialise. Lors donc que, dans le § 2, il est dit que la femme peut *également stipuler* une hypothèque *spéciale* pour ses reprises, cela veut dire que la femme peut spécialiser cette hypothèque par contrat de mariage, et elle doit le faire si elle veut que son hypothèque ait rang avant le mariage. Le mot *également*, dont la loi se sert, prouve que le droit réglé par le § 2 est de même nature que le droit dont il est question dans le § 1er, et que, dans l'une et l'autre hypothèse, il ne s'agit que de spécialiser l'hypothèque légale de la femme pour les créances qui naissent du contrat de mariage.

La tradition confirme cette interprétation. Nous avons dit plus haut (n° 335) que, sous l'empire du code civil, il y avait une controverse sur le point de savoir si la femme avait une hypothèque légale pour ses avantages matrimoniaux, dans le cas où le droit qui en résultait était éventuel. La loi nouvelle a tranché la controverse en faveur de la femme. Ainsi la femme a une hypothèque pour ses reprises éventuelles, au même titre que pour toutes ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire une hypothèque légale indépendante de toute convention; seulement cette hypothèque doit être spécialisée. Il n'y avait aucune raison pour établir une différence entre l'hypothèque du chef des reprises et l'hypothèque du chef des autres conventions matrimoniales : si l'hypothèque de la femme existe, sans qu'il soit nécessaire de la stipuler pour les conventions matrimoniales en général, elle doit aussi exister sans stipulation pour les reprises.

384. Nous disons que la spécialisation est conventionnelle quand elle se fait par contrat de mariage, mais que l'hypothèque reste légale. Cela explique le système de la loi, en ce qui concerne le droit de la femme de revenir sur les stipulations du contrat de mariage. Si l'hypothèque était conventionnelle, on ne concevrait pas qu'elle pût être modifiée par le fait de l'une des parties contractantes. Il y

a plus; la modification serait même impossible par le concours de volontés du mari et de la femme. En effet, les conventions matrimoniales sont immuables, elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395). Les époux ne pourraient donc modifier l'hypothèque telle qu'elle a été déterminée par le contrat de mariage, si l'hypothèque résultait des conventions qui s'y trouvent consignées. Cependant la loi permet à a femme de prendre de nouvelles inscriptions en cas d'insuffisance des garanties déterminées par le contrat de mariage. La raison en est que la spécialisation ne peut pas être immuable; elle varie nécessairement avec l'état de fortune de la femme et les garanties qui lui sont nécessaires. La loi veut que la garantie hypothécaire soit toujours en rapport avec les intérêts des incapables, de manière à assurer leurs droits, sans grever le débiteur d'inscriptions excessives. Voilà pourquoi la femme peut requérir une inscription supplémentaire quand les garanties déterminées par le contrat sont insuffisantes. Logiquement, elle aurait dû donner au mari le droit d'en demander la réduction lorsqu'elles deviennent excessives. Mais la loi ne permet pas au mari de revenir sur la spécialisation faite par contrat de mariage; nous dirons plus loin qu'elle lui ouvre seulement une action en réduction lorsque la femme a pris inscription sur ses biens en vertu de l'autorisation du président (art. 72). Pourquoi refuse-t-elle au mari un droit qu'elle accorde à la femme? L'un et l'autre consentent à l'acte de spécialisation; mais le consentement de la femme n'est point libre : elle ou ses parents peuvent craindre de blesser la susceptibilité du futur mari en exigeant des garanties qui, par leur étendue, témoigneraient de leur défiance; la femme se contentera facilement de ce que le futur lui offrira; le mari, au contraire, conserve son entière liberté d'action. Toutefois cette explication ne justifie pas suffisamment la loi. Il se peut que l'inscription n'ait pas été excessive lors du contrat, mais qu'elle le devienne pendant le mariage; dans ce cas, il n'y a aucun motif pour refuser au mari le droit d'en demander la réduction; et, toutefois, il est difficile de lui reconnaître ce droit, puisque

la loi ne le lui donne que pour les inscriptions prises en vertu de l'ordonnance du président.

Il y a encore une remarque à faire sur le système de la loi hypothécaire, en ce qui concerne le mari. La loi ne lui permet pas de demander la réduction des inscriptions prises en vertu du contrat de mariage. Cela se conçoit, à la rigueur, si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que le contrat de mariage ne peut spécialiser que les droits qui naissent des conventions matrimoniales. Mais cela ne se conçoit pas dans l'opinion qui admet que le contrat de mariage peut spécialiser l'hypothèque pour les droits qui naissent pendant le mariage. En effet, ces droits sont nécessairement incertains quant au montant de la créance. Supposons que les époux veuillent spécialiser l'hypothèque pour sommes dotales qui adviendront à la femme, pendant le mariage, par succession ou donation : quel chiffre fixeront-ils pour des espérances, ou pour des libéralités qui ne sont pas même des espérances? Si le législateur avait admis ce système, il aurait dû permettre au mari de demander la réduction des inscriptions quand la réalité vient donner un démenti aux espérances. La femme comptait sur une succession mobilière de 100,000 francs, qu'elle a réalisée : cette succession se réduit à rien. Et néanmoins l'inscription subsistera sur les biens du mari! Cela n'aurait pas de sens.

385. Dans notre opinion, le seul objet des articles 64, 66 et 67 est de déterminer le rang de l'hypothèque légale de la femme. Quand l'hypothèque est spécialisée par contrat de mariage, le mari doit la faire inscrire avant la célébration du mariage, et la femme peut aussi requérir l'inscription. Dans ce cas, l'hypothèque de la femme aura rang à partir de l'inscription; donc avant le mariage. Mais si l'hypothèque n'est pas spécialisée par le contrat notarié, l'inscription ne pourra pas être prise. Il suit de là que, sous le régime de communauté légale, l'hypothèque de la femme n'a jamais rang avant le mariage; elle n'aura d'effet qu'en vertu de l'inscription qui en sera prise pendant le mariage. Il en est de même si le contrat de mariage n'a pas spécialisé l'hypothèque de la femme, ou si les garan-

ties déterminées par le contrat sont insuffisantes, comme le suppose l'article 66. Il faut, dans tous ces cas, que l'hypothèque soit spécialisée par le président et qu'elle soit inscrite; ce qui ne lui donne rang qu'à partir de l'inscription.

La différence est donc grande, en ce qui concerne le rang de l'hypothèque, entre la spécialisation qui se fait par contrat de mariage et celle qui se fait pendant le mariage par le président. Celle-ci peut ne pas assurer les droits de la femme, si des inscriptions sont déjà prises par d'autres créanciers sur les immeubles du mari. C'est la conséquence inévitable du système de publicité consacré par la loi nouvelle. Ce système exige nécessairement la spécialisation, et pour que celle-ci soit efficace, elle doit se faire avant le mariage; or, à ce moment, les considérations qui empêchent la femme d'agir arrêteront aussi ses parents.

386. Cela peut aboutir à l'inefficacité de l'hypothèque que la loi accorde à la femme. Nous dirons plus loin quelles sont les garanties que la loi a établies en sa faveur. Avant tout il nous faut voir si la femme peut renoncer à son hypothèque légale. Dans notre opinion, elle ne le peut pas (n° 308). Si l'on s'en tient à la rigueur des principes, cette solution n'est pas même douteuse. L'hypothèque de la femme et celle des mineurs ont pour fondement l'incapacité de ceux au profit desquels la loi les établit; c'est parce qu'ils ne peuvent pas veiller à leurs droits que la loi y veille. Or, conçoit-on que l'incapable répudie une garantie que la loi lui donne à raison de son incapacité? Tout le système de la loi proteste contre une pareille anomalie. Dira-t-on que la femme peut garder le silence, ne pas agir, dans le but de ne pas faire valoir le droit dont la loi l'investit? Ce serait abdiquer tacitement l'hypothèque légale, en la rendant inefficace. La loi n'admet point cette renonciation de fait; elle charge les parents de la femme d'agir pour elle; et si les parents n'agissent pas, elle charge des magistrats de venir à son aide en sauvegardant ses droits malgré elle; car la femme ne doit pas intervenir dans la spécialisation, et elle ne peut pas s'y opposer.

L'esprit de la loi est donc en harmonie avec la rigueur

des principes. Cependant il y a controverse. Les textes laissent quelque doute. Aux termes de l'article 47, la femme peut toujours prendre inscription pour les droits qui naissent pendant le mariage, *nonobstant convention contraire.* Voilà l'application des vrais principes. L'hypothèque légale est d'ordre public, parce qu'elle est accordée par la loi à des incapables, à raison de leur incapacité; or, il n'est pas permis aux parties intéressées de déroger aux lois qui concernent l'ordre public (art. 6). Mais la disposition de l'article 67 est spéciale : elle n'est relative qu'aux droits qui prennent naissance pendant le mariage, ou, comme on dit dans l'interprétation généralement admise, l'article 67 est le complément du § 2 de l'article 64. La loi semble donc distinguer entre les diverses causes qui donnent lieu à l'hypothèque de la femme : s'agit-il des causes de recours qui naissent pendant le mariage, elle ne permet point à la femme de renoncer à son droit d'hypothèque : s'agit-il de sa dot et de ses conventions matrimoniales, elle le lui permet implicitement (1). L'argumentation se fonde, en définitive, sur le silence de la loi; mauvais raisonnement quand il aboutit à mettre la loi en opposition avec les principes. Les reprises de l'article 64, § 2, sont aussi des conventions matrimoniales, comme celles du § 1er; pourquoi, dans l'un des cas, la femme pourrait-elle renoncer à son hypothèque, tandis qu'elle ne le peut pas dans l'autre? On dit que les droits du § 1er sont certains, et que la femme sait à quoi elle renonce, et que les droits du § 2 étant incertains, la femme ne peut pas apprécier l'effet de sa renonciation. Dans notre opinion, les reprises dont il est question dans le § 2 sont certaines quant au montant, et quand elles ne le seraient pas, elles devraient être évaluées, puisque l'hypothèque doit être spécialisée quant à la somme aussi bien que quant aux immeubles. La femme sait donc toujours quel pourra être le montant de son recours contre son mari, et par conséquent elle sait à quoi elle renonce. Ceci n'est d'ailleurs qu'une considération de fait. Elle ne répond pas à l'objection de droit : la femme

(1) Martou, t. III, p. 27, nº 911. Beckers, p. 152.

ne peut jamais renoncer à un droit qui est d'ordre public (1).

Autre est la question de savoir si la femme peut renoncer au bénéfice de son inscription dans l'intérêt des tiers qui contractent avec le mari, comme acquéreurs ou créanciers hypothécaires. L'article 71 le lui permet implicitement. Nous y reviendrons en traitant de la cession de l'hypothèque.

N° 2. COMMENT SE FAIT LA SPÉCIALISATION.

387. Il faut distinguer la spécialisation qui se fait par contrat de mariage et la spécialisation qui se fait pendant le mariage. La différence ne concerne pas seulement les personnes qui interviennent dans l'acte ; elle concerne aussi les conditions et les effets.

I. *De la spécialisation qui se fait par contrat de mariage.*

388. La spécialité est, en principe, la même dans toute hypothèque, légale ou conventionnelle. Quand c'est une convention qui crée l'hypothèque, l'acte qui l'établit la spécialise en déterminant la somme pour laquelle elle est consentie et les immeubles qui en sont grevés (art. 80 et 78). Pour l'hypothèque légale, il n'y a point d'acte qui établisse l'hypothèque, puisqu'elle résulte de la loi. Il faut donc une spécialisation qui permette de la rendre publique en faisant connaître le montant de la créance et les immeubles qui sont affectés à son acquittement. La loi veut avant tout que la somme pour laquelle inscription sera prise soit fixée, car la détermination des immeubles dépend du montant des créances qui doivent être garanties par l'hypothèque. Nous avons dit que les difficultés sont grandes quand il s'agit de spécialiser l'hypothèque légale du mineur. Pour ce qui regarde l'hypothèque de la femme, la loi ne s'occupe pas de la spécialisation de la somme, elle se contente de dire que l'hypothèque doit être *spéciale;* cela est très-naturel. Ce sont les parties elles-mêmes qui spécialisent l'hypothèque par une clause de leur contrat de

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 123, n° 1110.

mariage; c'est donc à elles qu'il incombe de fixer la somme pour laquelle inscription sera prise. Il n'y a pas de difficulté en ce qui concerne la dot que la femme apporte en se mariant; le chiffre en est nécessairement fixé par le contrat de mariage. Mais que faut-il dire des sommes dotales qui proviendront des successions auxquelles la femme pourra être appelée, ou de donations qui lui seront faites pendant le mariage? D'après le code civil, l'hypothèque de la femme n'avait rang, de ce chef, qu'à compter de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations avaient leur effet. Sous l'empire de la nouvelle loi, on admet que ces successions et donations sont une reprise éventuelle pour laquelle la femme, aux termes de l'article 64, peut stipuler une hypothèque. Les époux pourraient donc convenir qu'une inscription sera prise sur les biens du mari pour garantir des valeurs dotales que la femme pourra recueillir, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée (1). Dans notre opinion, la femme ne peut prendre inscription, du chef des successions et donations qu'elle recueille pendant le mariage, qu'en vertu de l'article 67, c'est-à-dire avec autorisation du président du tribunal (n° 378).

389. Les conventions matrimoniales, en tant qu'elles donnent à la femme un avantage pour lequel elle a une action contre son mari, se spécialisent par leur objet même. Peu importe que l'avantage soit éventuel ou conditionnel, cela n'empêche pas que l'objet en soit déterminé, ce qui suffit pour le principe de spécialité. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut des conventions matrimoniales (n°s 343, 344).

C'est encore en vertu des conventions matrimoniales que la femme a hypothèque pour les créances qu'elle aura contre le mari administrateur de ses biens. Ici la difficulté se représente, quand il s'agit de spécialiser cette créance. Nous croyons qu'il faut appliquer la distinction que nous avons faite pour la dot. S'agit-il de propres que la femme possède lors du mariage, le droit de la femme à une indemnité dépendra des éventualités de la gestion; c'est le

(1) Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 132, n° 107.

terme dont la loi se sert quand elle organise la spécialisation de l'hypothèque du mineur; il y a une base certaine, la fortune de la femme, donc la détermination d'une somme pour indemnité est possible; dès lors il faut s'en tenir au texte qui permet de prendre inscription pour des droits éventuels.

A la rigueur, on pourrait aussi déterminer une somme pour créances alimentaires, en cas de séparation de biens ou de corps. Le droit est certain et la quotité peut se déterminer d'après la condition des époux et la fortune du mari. C'est donc encore une créance éventuelle dans le sens de l'article 64, § 2.

Il est plus difficile de déterminer une somme pour dépens. Cependant comme le droit de la femme est certain, la spécialisation pourrait, au besoin, se faire. Il faut convenir que ces questions sont assez oiseuses. La femme prévoit-elle l'abus de la puissance maritale et les désordres de son futur mari? Et si elle les prévoyait, pourrait-elle décemment stipuler des garanties en vue de cette éventualité? et le mari s'y soumettrait-il?

390. Doit-on comprendre, parmi les droits éventuels pour lesquels la femme peut stipuler une hypothèque, ceux dont il est traité dans l'article 67? Dans l'opinion généralement suivie, l'article 67 est la suite et le complément de l'article 64, § 2. Si l'on admet cette interprétation, il faut dire que les époux peuvent convenir, par leur contrat de mariage, que la femme prendra inscription pour le recours qu'elle aura contre son mari du chef des obligations qu'elle souscrira en sa faveur (1). Le droit de la femme est certain si elle contracte des obligations au profit de son mari; mais pour fixer le montant du recours, il faut déterminer le montant des obligations que la femme sera dans le cas de souscrire, et ce chiffre dépend de la fortune de la femme. Ici il y a un élément qui échappe à la spécialisation. On peut bien fonder un calcul de probabilités sur les biens présents de la femme; mais il est impossible de calculer ses biens futurs, puisqu'ils dépendent de simples es-

(1) Beckers, *Des hypothèques légales*, p. 132, n° 107.

pérances. Il faut donc appliquer à la spécialisation de ces recours ce que nous avons dit des sommes dotales provenant de successions ou donations (n° 378).

391. Nous en dirons autant des recours de la femme du chef de l'aliénation de ses propres. La spécialisation est possible pour les propres que la femme possède en se mariant, elle est impossible pour les propres que la femme pourra acquérir. C'est dire que la femme ne peut pas avoir de ce chef une hypothèque antérieure au mariage.

392. On voit que l'on donne en vain, dans l'opinion générale, une hypothèque à la femme pour tous les droits qui naîtront pendant le mariage, avec cet effet que la spécialisation de ces droits pourrait se faire par contrat de mariage et que l'hypothèque aurait rang à partir de l'inscription prise avant la célébration de l'union conjugale. Si telle a été l'intention du législateur belge, il a voulu l'impossible, puisqu'il aurait donné une hypothèque dans des cas où il n'y a pas de droits, pas même éventuels. On est donc obligé de revenir à la distinction que fait le code civil entre les droits qui naissent lors du mariage et les droits qui prennent naissance après la célébration du mariage. Cette distinction est logique. Régulièrement l'hypothèque ne peut pas exister avant la créance qu'elle est destinée à garantir. Si la loi fait une exception à ces principes en faveur du mineur, c'est qu'il y avait nécessité de lui assurer une garantie dès l'entrée en fonctions du tuteur, parce que dès ce moment le mineur peut être lésé par la gestion tutélaire, et il était impossible de subordonner l'inscription de l'hypothèque du mineur à des faits de gestion qui peuvent se produire journellement. On peut admettre la même exception au profit de la femme; le législateur l'a fait en lui permettant de prendre inscription pour des créances éventuelles, ce qui comprend la créance de la femme à raison de la gestion de ses biens, quand il s'agit des biens actuels. Mais on ne peut pas étendre cette exception à de prétendus droits qui n'ont pas même d'existence éventuelle. Telle est l'aliénation des propres futurs dont nous venons de parler (n° 390). On admet que la femme séparée de biens et la femme dotale ont une hypo-

thèque pour la garantie du recours qu'elles ont contre le mari du chef de l'immixtion de celui-ci dans l'administration des biens, à laquelle, d'après la loi et les conventions matrimoniales, il reste complétement étranger. Comment spécialiser, par contrat de mariage, un droit subordonné à un fait illégal ou à une tolérance qui est purement facultative de la part de la femme? En se mariant sous un régime qui laisse à la femme l'administration de ses biens, les époux ne peuvent pas prévoir que la femme n'administrera point; cela implique contradiction; et un droit qui naît d'un fait purement potestatif de la femme et d'une immixtion également potestative du mari, est-il un droit? Et conçoit-on que le mari consente à grever ses biens d'une hypothèque pour le cas où il s'immiscerait sans droit dans une administration que lui-même consent à abandonner à la femme? Il y a là des contradictions juridiques et morales qui nous confirment dans notre opinion. Le législateur n'a pas pu songer à accorder à la femme un droit dont l'exercice est impossible.

393. Il nous reste à dire comment se fait la spécialisation quant aux biens. Sur ce point, il n'y a aucune difficulté en droit. On applique l'article 78, que nous expliquerons au chapitre des *Hypothèques conventionnelles*. Non pas que l'hypothèque légale de la femme soit jamais conventionnelle (n[os] 381 et 382), mais parce qu'il n'y a qu'un mode de spécialiser les biens, celui que la loi établit en traitant des hypothèques conventionnelles, et qui par cela même est applicable aux hypothèques légales et testamentaires; le législateur ne l'a pas dit, sans doute parce qu'il a cru que cela allait sans dire.

II. *De la spécialisation qui se fait pendant le mariage.*

394. La spécialisation se fait pendant le mariage dans les cas prévus par les articles 66 et 67. L'article 66 suppose que le contrat de mariage n'a pas spécialisé l'hypothèque que la loi donne à la femme pour la garantie de la dot et des conventions matrimoniales, ou que les garanties déterminées par le contrat sont insuffisantes. La femme

peut, dans ces cas, requérir une inscription première ou une inscription supplémentaire, en vertu de l'autorisation du président. On a dit, et non sans raison, lors de la discussion du projet de loi, que rarement les futurs époux feraient des conventions relatives à l'hypothèque légale, parce que, d'une part, les garanties hypothécaires sont une mesure de défiance à l'égard du mari débiteur, et que, d'autre part, elles nuisent à son crédit (1). Cela ne prouve pas que la femme ne doit pas avoir de garantie, cela prouve seulement que la loi n'a pas pu se contenter des stipulations qui se feraient par contrat de mariage. Il peut ne pas y en avoir, et régulièrement il n'y en a pas, sous le régime de la communauté légale, où les garanties peuvent être ou devenir insuffisantes. Dans toutes ces hypothèses, la loi a dû établir un système de spécialisation qui permît à la femme de s'assurer une hypothèque pendant le mariage, et elle a dû organiser la spécialisation de manière que l'exécution de la loi fût facile. C'est dans ce but que la loi confie la spécialisation au président, sur la demande de la femme. Quant aux droits qui naissent pendant le mariage, la spécialisation par le contrat de mariage est impossible. Dans notre opinion, l'hypothèque pour sûreté de ces droits ne peut être spécialisée que lorsque les droits prennent naissance, donc pendant le mariage. La spécialisation se fait par le président du tribunal, comme toute spécialisation postérieure à la célébration du mariage.

On suit le même mode de spécialisation quand il s'agit de droits éventuels, dans le sens de l'article 64, § 2. Le contrat de mariage peut spécialiser l'hypothèque que la femme a pour sûreté de ces créances. Mais il arrivera rarement que le contrat donne à la femme des garanties pour ses reprises. Ce sont d'ordinaire des droits de survie, donc des avantages que le mari fait à sa femme : celle-ci, qui est gratifiée, ira-t-elle stipuler des garanties contre celui à qui elle doit ce bienfait? Mais pendant le mariage, le désordre des affaires du mari peut rendre nécessaire une

(1) Séance de la chambre des représentants, du 4 février 1851 (Parent, p. 287, 292, 298, 299).

garantie en faveur de la femme et de ses enfants. La femme sera plus disposée pendant le mariage qu'avant à faire spécialiser son hypothèque, parce qu'elle en sentira la nécessité; elle le fera dans l'intérêt de ses enfants, comme elle demande la séparation de biens dans leur intérêt.

395. Quand la femme peut-elle faire spécialiser son hypothèque pendant le mariage? Les interprètes répondent qu'elle ne le peut que lorsque la créance est née : ainsi lorsque la succession est échue, le propre aliéné, l'obligation contractée (1). Ils se fondent sur le texte de l'article 67, comparé avec l'article 64; dans le premier article, la loi dit que la femme peut, avec l'autorisation du président, requérir inscription pour les causes de recours qu'elle *peut* avoir contre lui, telles que celles qui résultent d'obligations par elle souscrites, ce qui suppose que la cause qui lui donne un recours existe; tandis que l'article 64 dit que la femme peut stipuler, dans son contrat de mariage, une hypothèque spéciale pour les reprises qu'elle *pourra* avoir à exercer contre son mari; il est, du reste, d'évidence que des inscriptions prises avant le mariage précèdent nécessairement la naissance du droit garanti par l'hypothèque. Il résulte de cette interprétation une singulière anomalie, c'est que, pour la garantie d'un seul et même droit, la femme peut tantôt prendre inscription avant que le droit existe et même avant le mariage, et tantôt elle doit attendre que la créance soit née. C'est une nouvelle contradiction et une nouvelle objection contre l'opinion généralement suivie. Dans l'interprétation que nous avons proposée, on évite cette anomalie et on reste sous l'empire du principe général que l'hypothèque ne peut précéder la créance. Si, comme on l'enseigne, la loi permettait à la femme de spécialiser, par contrat de mariage, son hypothèque pour les causes de recours de l'article 67, elle aurait dû, pour être conséquente, permettre aussi de l'inscrire pendant le mariage, avant que la créance soit née. L'autorisation du président aurait remplacé la garantie qu'offre le concours du mari dans l'acte.

(1) Martou, t. III, p. 30, n° 921. Beckers, p. 155, n° 124.

Quand il s'agit de la dot apportée par la femme et des conventions matrimoniales, cette difficulté ne se présente point. Le droit est né en vertu du contrat de mariage, et, par suite, la femme peut faire spécialiser son hypothèque par le président, après le mariage, à tel moment qu'elle voudra.

396. Les articles 66 et 67 disent que la femme peut *requérir* des inscriptions en vertu de l'*autorisation* du président; la loi ne prescrit aucune forme pour demander l'autorisation. Il faut en conclure que la femme peut s'adresser directement au président sans le concours d'un avoué. On objecte que, d'après la loi du 27 ventôse an VIII (art. 94), les avoués ont le droit exclusif de postuler et de conclure (1). Mais s'agit-il, dans l'espèce, de *postuler* et de *conclure?* Ces mots impliquent une affaire contentieuse, et la spécialisation n'a rien de contentieux; c'est un acte de juridiction volontaire, comme la délibération du conseil de famille. L'esprit de la loi nous paraît décisif; le législateur veut protéger la femme en lui permettant de prendre une inscription sans mettre le mari en cause, sans lui demander une autorisation; si elle était obligée de s'adresser à un avoué, elle reculerait peut-être devant un acte qui aurait l'air d'un procès (2).

Nous disons que la femme ne doit pas mettre le mari en cause; la loi ne l'exige point. On avait songé à imiter les formes judiciaires, en prescrivant l'intervention du tribunal et la mise en cause du mari; mais la commission du sénat, qui avait fait cette proposition, la retira (3). C'eût été manquer le but de la loi : la femme se serait décidée difficilement à demander une spécialisation qui aurait eu un si grand éclat. Rien n'empêche, du reste, le président, comme le dit le rapporteur de la commission, d'entendre le mari officieusement; mais cela même a déjà un inconvénient, c'est de constater et d'envenimer le conflit d'intérêts qui existe entre le mari et la femme; mieux vaut, nous semble-t-il, que tout se passe entre la femme et le président. Le prési-

(1) Martou, t. III, p. 28, n° 915. Cloes, t. II, p. 257, n° 1332.
(2) Delebecque, *Commentaire*, p. 263, n° 359.
(3) D'Anethan. 1er et 2e rapport (Parent, p. 418, 484 et 485).

dent aura soin de ne pas exagérer les garanties, puisqu'il sait qu'en cas d'excès le mari peut demander la réduction de l'inscription (art. 72).

397. Le président peut refuser l'autorisation que la femme lui demande, ou il peut restreindre l'inscription que la femme veut prendre, soit quant à la somme, soit quant aux biens. On demande si la femme a un recours contre la décision du président. La loi ne parle pas d'un recours, et l'on dit qu'il est de principe que l'ordonnance du président est souveraine en matière de juridiction gracieuse (1). Nous ne connaissons pas de loi qui établisse ce principe; il y a, au contraire, dans la loi hypothécaire, une disposition qui permet l'appel lorsque le président exerce la juridiction volontaire, c'est quand il constate qu'un acte authentique passé à l'étranger a été reçu conformément aux lois du pays (art. 77). La spécialisation est un acte plus important; on doit donc permettre, par analogie, d'interjeter appel contre la décision qui refuserait l'autorisation, ou qui la restreindrait. Il peut y avoir une difficulté de droit, comme celle que nous venons d'examiner (n° 396); dès lors il doit y avoir un recours. On peut encore invoquer ce qui se fait en matière de tutelle; il y a lieu à opposition, donc à un recours, contre la délibération du conseil de famille qui spécialise l'hypothèque du mineur (art. 51); or, l'ordonnance du président remplace l'intervention du conseil de famille : pourquoi serait-elle souveraine et à l'abri de tout recours quand elle peut compromettre les droits de la femme?

398. Nous disons que le président spécialise l'hypothèque de la femme; la loi ne s'exprime pas ainsi, elle dit que l'inscription se fait en vertu de l'*autorisation* du président du tribunal du domicile de la femme. Est-ce une simple autorisation, comme celle que donne le tribunal sur le refus du mari d'autoriser sa femme à faire un acte juridique? Non, car l'article 66 porte que le président fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle la femme est autorisée à requérir inscription; et la détermination de la somme

(1) Martou, t. III, p. 29, n° 918. Comparez Arntz, t. II, p. 720, n° 1769.

est un élément essentiel de la spécialisation. Il est vrai que, par oubli sans doute, l'article 67 ne dit pas que le président fixe la somme pour les causes de recours qui peuvent survenir pendant le mariage, et l'article 68 se borne à dire que les inscriptions doivent indiquer les sommes pour lesquelles elles sont prises, ce qui est le droit commun (article 83, 4°). On a dit que le silence de la loi s'explique par cette considération que la nature même de ces causes de recours en fait connaître le montant pécuniaire (1); cela est vrai de l'aliénation des propres et des obligations souscrites par la femme; mais cela n'est pas exact pour les successions, puisque l'on admet que la femme peut prendre inscription dès que la succession est ouverte (2). D'ailleurs la dot est aussi déterminée, ainsi que les droits résultant des conventions matrimoniales; néanmoins l'article 66 veut que le président fixe la somme pour laquelle inscription sera prise; cela prouve que son ordonnance est un acte de spécialisation. Faut-il induire du silence de l'article 67 que, dans les cas prévus par cette disposition, le président ne doit pas spécialiser l'hypothèque? Ce serait une anomalie inexplicable. Toujours est-il que le conservateur des hypothèques ne pourrait pas refuser l'inscription requise par la femme en vertu d'une ordonnance qui n'indiquerait pas la somme, parce que la loi n'exige pas formellement cette indication.

399. La loi ne parle pas des immeubles sur lesquels inscription doit être prise; les articles 66 et 67 disent seulement que la femme pourra, en vertu de l'autorisation du président, requérir inscription sur les immeubles du mari; et l'article 68 se borne à dire que les inscriptions prises en vertu des articles 66 et 67 désigneront spécialement chaque immeuble. Faut-il conclure de là que la femme peut prendre inscription sur tous les immeubles du mari? Cela n'est guère admissible, puisque l'hypothèque de la femme est soumise au principe de la spécialité. Lorsque l'hypothèque est spécialisée par contrat de mariage, la loi

(1) Cloes, t. II, p. 258, n° 1334. Comparez Martou, t. III, p. 32, n° 923.
(2) Martou, t. III, p. 31, n° 922.

veut que le contrat désigne les immeubles sur lesquels inscription sera prise (art. 65); et, dans l'opinion générale, on admet que le contrat peut spécialiser l'hypothèque pour les causes prévues par l'article 67. Par quelle étrange anomalie l'hypothèque devrait-elle être spécialisée quant aux biens lorsque la spécialisation se fait par contrat de mariage, tandis que le président, qui spécialise la somme, ne devrait pas spécialiser les biens? Par voie d'analogie de ce qui se fait pour l'hypothèque légale du mineur et pour l'hypothèque conventionnelle, il faut décider que l'hypothèque légale de la femme doit être spécialisée, et quant à la somme et quant aux biens, avant que l'inscription puisse être prise. Et qui doit déterminer les immeubles sur lesquels inscription sera prise? Naturellement le président, qui fixe la somme jusqu'à concurrence de laquelle la femme peut requérir inscription. Il n'y a pas d'autre acte qui précède l'inscription que l'ordonnance du président, donc cette ordonnance doit contenir la spécialisation; elle tient lieu de l'acte notarié qui spécialise l'hypothèque conventionnelle, et de la délibération du conseil de famille qui spécialise l'hypothèque légale du mineur (1). Toutefois il faut faire pour les biens la réserve que nous avons faite pour la somme (n° 398) : le conservateur devrait inscrire l'hypothèque de la femme sur une simple autorisation du président, sans aucune détermination des biens, car la loi, bien que par oubli, n'exige pas cette spécialisation : la femme la fera, dans ce cas, dans les bordereaux qu'elle doit présenter au conservateur, en requérant inscription.

N° 2. DE L'INSCRIPTION.

400. C'est l'inscription qui assure les effets de l'hypothèque; il ne suffit point que l'hypothèque de la femme soit spécialisée : elle doit de plus être inscrite, sinon elle reste inefficace. Régulièrement c'est le créancier qui prend inscription. La loi dit que l'inscription pourra être requise

(1) Voyez, en sens divers, Delebecque, p. 263, n° 359; Cloes, t. II, p. 259, n° 1335; Martou, t. III, p. 33, n° 925; Beckers, p. 165, n° 135; Arntz, p. 720, n° 1771.

par la femme quand il s'agit de l'hypothèque spécialisée par contrat de mariage (art. 64); et quand l'hypothèque est spécialisée par le président, la loi suppose que c'est la femme qui requiort l'inscription en vertu de l'ordonnance de ce magistrat (art. 66 et 67). Mais la loi, accordant à la femme une hypothèque à raison de son incapacité, ne pouvait pas s'en rapporter à l'incapable du soin de la rendre publique et efficace.

401. Elle charge d'abord le futur mari de faire inscrire l'hypothèque spécialisée par le contrat de mariage : il doit requérir l'inscription avant la célébration de l'union conjugale (art. 64), afin que la femme ait une garantie au moment même où ses intérêts seront compromis; la loi met, sous ce rapport, la femme sur la même ligne que le mineur, dont l'hypothèque doit aussi être inscrite avant l'entrée en gestion du tuteur.

Quant aux inscriptions à requérir pendant la durée du mariage, l'article 70 porte que le mari peut toujours les prendre de son chef. Il n'est soumis à aucune formalité. Il ne doit pas faire spécialiser l'hypothèque, ni quant à la somme ni quant aux biens : c'est lui seul qui fera la spécialisation dans les bordereaux qu'il remet au conservateur; il ne devra justifier que de sa qualité de mari, qui lui impose l'obligation de veiller aux intérêts de sa femme. L'intervention du président était inutile, puisqu'il n'y a pas à craindre que le mari prenne une inscription excessive; et si elle est insuffisante, la femme peut toujours requérir une inscription supplémentaire, en se faisant autoriser par le président du tribunal.

402. On ne peut guère compter sur le mari, puisque l'inscription diminue son crédit, et l'obligation que la loi lui impose est sans sanction. La loi a donc dû charger d'autres personnes du soin d'inscrire l'hypothèque de la femme. Elle s'adresse d'abord à la famille; l'article 69 porte : « Dans les cas prévus par les articles précédents, et en se conformant aux règles qui y sont prescrites, les parents et alliés des époux jusqu'au troisième degré inclusivement pourront requérir les inscriptions au nom de la femme. » Quels sont les *articles précédents* auxquels l'ar-

ticle 69 renvoie? Comme la loi suppose qu'il y a des règles auxquelles les parents doivent se conformer, il ne peut s'agir que des articles 66 et 67, c'est-à-dire que les parents et alliés ne peuvent requérir l'inscription qu'en vertu de l'autorisation du président; ce qui implique que l'hypothèque est spécialisée pendant le mariage. Le texte ne prévoit donc pas le cas où l'hypothèque aurait été spécialisée par le contrat de mariage : les parents pourront-ils requérir l'inscription, en vertu du contrat, sans que la loi leur en donne le droit? A la rigueur, il faudrait répondre négativement, puisque les parents sont sans qualité légale (1). Mais n'est-ce pas pousser la rigueur trop loin? Quand l'hypothèque a été spécialisée par contrat de mariage, il y a une convention qui impose au mari l'obligation d'inscrire et qui en donne le droit à la femme; il ne s'agit donc que d'exécuter ce que la loi veut et ce que les époux veulent. Si les parents ont qualité pour faire spécialiser l'hypothèque pendant le mariage, alors que la femme reste dans l'inaction, ainsi que le mari, à plus forte raison doit-on leur reconnaître le droit de requérir une inscription en vertu de la convention des époux, si ceux-ci négligent de le faire.

La loi donne un droit aux parents et alliés, elle ne leur impose aucune obligation. C'est à eux de voir s'il convient d'user de la faculté de requérir inscription. Il y a des intérêts moraux qui dominent les intérêts pécuniaires. Si la paix de la famille doit être troublée par l'intervention des parents, ils feront bien de s'abstenir. Toutefois cette crainte ne doit pas toujours retenir les parents. La femme relâche le lien du mariage en demandant la séparation de biens; ce qui n'empêche pas que ce soit un droit et un devoir pour elle de la demander quand il s'agit de sauver ses enfants de la misère. Il en sera de même des parents chargés de veiller aux intérêts de la femme, en ce qui concerne l'hypothèque légale.

403. La loi a dû prévoir que les parents et alliés ne prendraient pas inscription, soit par indifférence, soit par

(1) Beckers, p. 176, n° 144. En sens contraire, Martou, t. III, p. 22, n° 903, et Cloes, t. II, p. 249, n° 1320.

crainte. Elle donne encore le droit de requérir l'inscription au juge de paix du canton du domicile marital et au procureur du roi près le tribunal de première instance; ces magistrats peuvent d'office requérir les inscriptions au nom de la femme. D'office, dit l'article 70; cela veut dire non-seulement qu'ils n'en doivent pas être requis, mais encore qu'ils peuvent agir sans avoir besoin de l'autorisation du président; d'ailleurs la loi ne dit pas de ces magistrats ce qu'elle dit des parents et alliés, qu'ils doivent se conformer aux règles prescrites par les articles 66 et 67. La raison de cette différence est sensible. Les magistrats auxquels la loi confère le droit d'agir au nom de la femme sont chargés, par la nature de leurs fonctions, de veiller aux intérêts des incapables; il est donc naturel qu'ils aient l'initiative de leur intervention. Mais s'ils sont dispensés de s'adresser au président du tribunal, ils doivent encore mettre plus de circonspection à agir que les parents et alliés; un zèle inconsidéré pourrait faire plus de mal que de bien. La loi, du reste, ne leur fait pas un devoir de requérir l'inscription, elle leur donne une faculté dont ils useront s'ils le jugent nécessaire (1).

Ce que nous avons dit des parents (n° 402) s'applique aussi aux magistrats : ils peuvent prendre inscription en vertu du contrat de mariage, si le mari, la femme et la famille restent dans l'inaction. C'est cette inscription qui présente le moins d'inconvénients, puisque les époux étaient d'accord pour la prendre.

N° 3. DE LA RÉDUCTION DE L'INSCRIPTION.

404. L'article 72 prévoit le cas où les inscriptions seraient excessives, et il donne, en conséquence, au mari le droit d'en demander la réduction. Mais la loi précise les hypothèses dans lesquelles le mari a ce droit, ce sont les cas des articles 66, 67, 69 et 70, c'est-à-dire les cas où l'inscription a été prise, pendant le mariage, par la femme,

(1) Delebecque, p. 265, n° 362. Martou, t. III, p. 23, n° 904. Cloes, t. II, p. 263, n° 1346.

par les parents ou alliés, ou par le juge de paix ou le procureur du roi. La loi ne cite pas l'article 64; si le mari ou la femme prennent inscription en vertu de la spécialisation faite par le contrat de mariage, il n'y a pas lieu à réduction. Quelle en est la raison? Le projet de la commission spéciale donnait au mari le droit de demander la réduction dans tous les cas où l'inscription devenait excessive (1); or, elle peut le devenir très-souvent dans le système de la loi. telle qu'elle est généralement interprétée. On admet que la femme peut, en vertu du contrat de mariage, prendre inscription pour les sommes dotales qui lui écherront pendant le mariage; en tout cas, elle a une hypothèque pour la dot qu'elle apporte en mariage. Si l'emploi en immeubles est fait des deniers dotaux, ou si les successions que la femme attendait sont mauvaises, l'inscription sera évidemment excessive. Dès lors le mari devrait avoir le droit d'en demander la réduction. Vainement lui oppose-t-on son consentement, il peut répondre qu'il a consenti en vue d'éventualités qui ne se sont pas réalisées. Voilà une nouvelle anomalie qui résulte de l'opinion généralement suivie. Si l'on admet l'interprétation que nous avons proposée, l'anomalie disparaît, car l'inscription ne peut être prise que pour des droits qui naissent lors du mariage et qui sont certains quant à leur montant; il n'y a donc pas lieu de demander la réduction.

405. La loi dit que le mari peut demander la réduction de l'hypothèque inscrite pour raison des *reprises* de la femme. En faut-il conclure qu'il ne pourrait pas demander la réduction des inscriptions prises pour sûreté des *conventions matrimoniales?* La loi ainsi entendue n'aurait pas de sens, et elle serait en contradiction avec elle-même. Par cela seul qu'une inscription prise pendant le mariage est excessive, le mari a le droit de réduction, parce que l'inscription a été requise sans son consentement et sans qu'il ait été entendu. Tel est le système de la loi; le droit à la réduction existe donc sans qu'il y ait à distinguer entre les diverses causes pour lesquelles inscription a été prise;

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 26). Comparez Martou, t. III, p. 49, nos 936-939.

qu'importe que ce soit pour des reprises proprement dites ou pour d'autres droits? Il faut donc dire que le mot *reprises* est inexact, et qu'il est employé comme synonyme de droits et créances de la femme. Le texte même de l'article 72 prouve que c'est en ce sens que la loi doit être interprétée. En effet, il renvoie à l'article 66; or, cette disposition prévoit le cas de dot et de conventions matrimoniales, ce qui comprend les reprises stipulées par le contrat de mariage; et l'article 67, auquel il est renvoyé, prévoit tous les droits qui naissent pendant le mariage; donc toutes les créances de la femme, quelles qu'elles soient, garanties par l'hypothèque légale sont comprises dans l'article 72, et, partant, l'inscription qui en est prise pendant le mariage peut être réduite.

406. Le mari peut demander que les créances, telles qu'elles ont été spécialisées, soient réduites aux sommes que la femme peut avoir à réclamer, et la réduction de la somme aura pour conséquence de restreindre l'inscription aux immeubles suffisants pour la garantie de la femme. Si l'inscription est seulement excessive en ce qui concerne les immeubles, il va de soi que la réduction se bornera aux biens. Cela peut arriver facilement, puisque l'inscription est requise par des personnes qui ne connaissent pas la valeur des immeubles; et le président, quand il est appelé à intervenir, doit s'en rapporter aux renseignements que lui donnent la femme ou les parents (1).

Le mari pourrait-il aussi demander que les inscriptions soient rayées, si elles étaient inutiles? Par exemple, elles ont été prises pour des sommes dotales du chef d'une succession échue à la femme pendant le mariage, et la succession, au lieu d'être avantageuse, est grevée de dettes, de sorte que la femme y a renoncé. Dans ce cas, l'inscription a été réellement prise sans cause, et, par suite, elle doit être radiée; c'est le droit commun, comme nous l'avons dit, dans un cas analogue, pour l'hypothèque légale du mineur (nº 317).

407. La réduction doit être demandée en justice; nous

(1) Martou, t. III, p. 50, nº 987.

dirons plus loin (art. 94) devant quel tribunal l'action doit être portée. Faut-il que la femme soit mise en cause? Il est certain qu'elle ne doit pas consentir à la réduction, la loi ne l'exige pas, comme le faisait le code civil (art. 2144). La réduction est un droit pour le mari, le refus de la femme ne peut pas l'en priver. Il est même douteux que la femme doive être mise en cause; l'article 72 ne l'exige pas, il semble plutôt supposer que la femme n'est pas partie au procès, puisqu'il veut que le tribunal prenne l'avis des trois plus proches parents de la femme. Il est vrai que la femme est intéressée dans le débat, mais le législateur aura considéré qu'elle n'est point libre, et il a pourvu à ses intérêts par l'avis de la famille et en donnant comme contradicteur au mari le procureur du roi. C'est aussi en ce sens que s'est prononcé le premier rapport de la commission du sénat (1). Et tel est aussi l'esprit de la loi. Lors de la spécialisation par le président, elle cherche à éviter un conflit entre les époux (n° 396); il y a même raison de laisser la femme hors de cause dans l'instance en réduction : le réquisitoire du ministère public et l'avis des parents garantissent suffisamment ses intérêts.

408. L'article 72 porte que le tribunal statuera comme en matière sommaire. C'est la règle que le code suit, en cas d'opposition contre la délibération du conseil de famille relative à la spécialisation de l'hypothèque du mineur (n° 295); les longues procédures sont inutiles dans une matière où tout dépend des renseignements de fait que l'avis des parents fournira au tribunal.

On demande comment cet avis sera donné? Le code civil (art. 2144) voulait que les quatre plus proches parents fussent réunis en conseil de famille. Comme l'article 72 ne reproduit pas cette formalité, on ne peut pas l'exiger; le tribunal peut se borner à interroger les parents, ou décider qu'ils donneront leur avis par écrit; cela simplifie la procédure et diminue les frais (2).

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 418). Comparez Delebecque, p. 269, n° 369; Beckers, p. 196, n° 161. En sens contraire, Martou, t. III, p. 51, n° 943; Cloes, t. II, p. 284, n° 1388.
(2) Martou, t. III, p. 54, n° 945. En sens contraire, Beckers, p. 203, n° 166.

L'article 72 ajoute que s'il n'y a pas de parents dans la distance de deux myriamètres, le tribunal prendra l'avis de trois personnes connues pour avoir avec la femme ou sa famille des relations d'amitié. Cette disposition est empruntée à l'article 409 du code Napoléon. Elle implique que les parents doivent se présenter en personne à l'audience. Il nous semble que c'est une difficulté de fait dont la solution doit être abandonnée au tribunal. S'il veut se contenter d'un avis par écrit, et s'il trouve cet avis suffisant, pourquoi l'obligerait-on à consulter des amis qui peuvent ignorer les intérêts de la femme?

Il va sans dire que l'avis des parents ne lie pas le tribunal; sans cela il serait inutile d'entendre le ministère public. C'est d'ailleurs le droit commun; les avis, les expertises et les enquêtes ont pour objet d'éclairer les juges, qui décident ensuite dans la plénitude de leur liberté.

409. L'article 72 dispose que le tribunal statuera après avoir entendu le procureur du roi et contradictoirement avec lui. C'est dire que le ministère public est partie en cause : il représente la femme, dans notre opinion, puisque la loi n'exige point qu'elle soit mise en cause. Il en est de même quand le tribunal statue sur l'hypothèque du mineur. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 51 (n° 296).

410. La loi ne parle pas de l'appel; on reste donc sous l'empire du droit commun. Comme le ministère public est partie en cause, il pourra se pourvoir en appel et en cassation; le tout comme en matière de tutelle (n° 296).

411. Quel est l'effet de la réduction? Il faut appliquer à l'hypothèque de la femme ce que nous avons dit de l'hypothèque du mineur. Ce n'est pas l'hypothèque qui est réduite ou qui est effacée, c'est l'inscription; il en résulte que l'hypothèque cesse d'être efficace, mais elle subsiste, puisqu'elle est établie par la loi. Par conséquent, la femme pourrait requérir de nouvelles inscriptions, s'il y a lieu, avec l'autorisation du président du tribunal, bien entendu en vertu de nouvelles causes.

412. Il ne faut pas confondre l'action en réduction dont nous venons de parler avec l'action intentée par le mari après l'aliénation d'un immeuble grevé de l'hypothèque

légale, à l'effet de faire fixer le chiffre des reprises de la femme et de la faire colloquer pour le montant de ses reprises. Il ne s'agit pas, dans ce cas, de réduire l'hypothèque de la femme, il s'agit de déterminer le montant des droits que le a à exercer contre le mari. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour d'Orléans. Le mari vend un domaine pour 200,000 francs; l'acte est transcrit et l'acquéreur remplit les formalités prescrites pour la purge. La femme du vendeur prend inscription pour une somme de 150,000 francs, faisant partie de la dot apportée lors du contrat de mariage, et d'une somme de 75,000 francs qu'elle avait recueillie, pendant le mariage, par succession ou donation. Action du mari tendante à ce que la femme justifie de ses droits; le mari prétendait que ces droits ne s'élevaient qu'à 125,000 francs, et que l'inscription de la femme devait être radiée pour tout ce qui excédait cette somme. La femme opposa une fin de non-recevoir à la demande, le mari ayant négligé de remplir les formalités prescrites par l'article 2144 (loi hyp., art. 72) pour la réduction de l'hypothèque légale. Cette exception a été rejetée. La demande, dit la cour, n'avait d'autre but que de mettre la femme en demeure de justifier du chiffre de ses reprises ou de le faire fixer par justice, et la faire colloquer ensuite sur le prix de l'immeuble vendu. Autre est la demande en réduction qui a pour objet de limiter l'inscription aux garanties qui sont nécessaires à la conservation des droits de la femme (1).

§ IV. *De la preuve des droits garantis par l'hypothèque.*

413. La loi donne à la femme une hypothèque pour la garantie de ses droits et créances. Cette hypothèque doit être spécialisée et inscrite. Nous supposons que ces formalités ont été remplies. En résultera-t-il que la femme a une action hypothécaire jusqu'à concurrence des sommes pour lesquelles elle aura pris inscription? Non, certes. Il n'y a d'hypothèque que lorsqu'il existe une obligation prin-

(1) Orléans, 29 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 99).

cipale; si l'existence de cette obligation est contestée, la femme doit la prouver, puisqu'elle est demanderesse; or, la spécialisation et l'inscription ne sont pas une preuve suffisante. Dans l'espèce que nous venons de rapporter, la femme prétendait exercer son hypothèque pour des sommes dotales de 225,000 francs, tandis que le mari soutenait que ses reprises ne s'élevaient qu'à 125,000 francs. La femme invoquait son contrat de mariage; mais il arrive tous les jours que la dot constituée n'est pas payée, ou qu'elle ne l'est pas intégralement; or, la spécialisation de l'hypothèque, quoique le mari y concoure, ne prouve pas le payement de la dot; en effet, l'hypothèque doit être spécialisée avant le mariage pour la dot de la femme, alors que le payement ne se fera que pendant le mariage. A plus forte raison en est-il ainsi quand il s'agit de droits éventuels, tels que des sommes dotales qui échoient à la femme pendant le mariage. Si inscription a été prise de ce chef, il faut que la femme prouve de plus quel est le montant des successions et donations qu'elle a recueillies, et elle doit encore prouver que le mari a touché les deniers dotaux. Ce n'est pas seulement le mari qui a intérêt et droit à contester les demandes de la femme, ce sont aussi et surtout les tiers créanciers. Le mari peut être et est souvent d'accord avec la femme pour avantager celle-ci aux dépens des créanciers; ceux-ci seront admis à prouver que la constitution de dot est simulée et que la quittance délivrée par le mari est fictive (1).

414. La seule difficulté, en cette matière, est de savoir comment se fera la preuve. Comme la loi hypothécaire n'en parle pas, elle s'en rapporte par cela même au droit commun, tel que nous l'avons exposé au titre des *Obligations*. Rien n'est plus difficile que la théorie des preuves, et l'application soulève tous les jours de nouveaux doutes. A entendre certains auteurs on croirait qu'il n'y a point de principes certains en ce qui concerne la preuve qui incombe à la femme. Ainsi Grenier dit « que ces sortes d'affaires dépendent beaucoup des circonstances et n'ont guère de

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 219, et note 16, et les autorités qu'ils citent.

règles fixes. » Ce sont les paroles de Denisart. Cela pouvait être vrai dans l'ancien droit, où tout était incertain, mais cela n'est certes pas exact sous l'empire d'un code qui trace des règles certaines sur les preuves. Grenier dit ensuite que la justice doit venir au secours de la femme qui n'a pas pu se procurer une preuve littérale. Sans doute, mais cela n'est vrai que dans les cas prévus par la loi. Et si Grenier avait consulté la loi, il n'aurait pas dit que la femme est toujours admise à la preuve testimoniale, parce qu'il s'agit, non de *conventions,* mais de *faits* (1). Les faits dont il s'agit, dans l'espèce, sont des faits juridiques, et ces faits doivent être prouvés d'après les règles que le code établit. On ne doit donc pas poser en principe que la preuve testimoniale est toujours reçue, et, par suite, les présomptions et même la commune renommée. Tout dépend du fait juridique qu'il s'agit d'établir. La femme réclame une indemnité de 10,000 francs du chef d'une obligation qu'elle a souscrite au profit de son mari : dira-t-on que la femme sera admise à prouver son recours par témoins? La négative est d'évidence, car il s'agit d'un fait juridique, du payement que la femme prétend avoir fait en vertu de l'obligation qu'elle a contractée; or, elle a pu et dû se procurer une quittance; donc elle ne peut pas invoquer l'article 1348. C'est seulement quand il s'agit de faits auxquels la femme n'a pas concouru qu'elle peut se prévaloir de cette disposition. Ainsi elle peut prouver par témoins le fait que son mari a reçu la dot. Quant à la preuve par commune renommée, elle est tout à fait exceptionnelle; à notre avis, la femme ne peut s'en prévaloir que dans les cas expressément prévus par la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur ce point, au titre du *Contrat de mariage* (2).

415. La loi sur les faillites (art. 559 et 560) a apporté une exception au droit commun. En cas de faillite du mari, la femme ne peut exercer son hypothèque qu'en prouvant, par inventaire ou par tout autre acte authentique, la déli-

(1) Grenier, *Traité des hypothèques,* n° 234 (t. I, p. 314 de l'édition belge).

(2) Comparez Martou, t. III, p. 14, n° 886; Aubry et Rau, t. III, p. 219, note 17, § 264 *ter.*

vrance ou le payement de ses apports dotaux. Le danger de la fraude justifie cette exception.

ARTICLE 4. Hypothèque légale de l'État, des provinces, des communes et des établissement publics.

416. L'article 47 (code civil, art. 2121), qui énumère les hypothèques légales, porte que les droits et créances auxquels la loi accorde une hypothèque sont ceux de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics, sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. On a toujours considéré l'Etat, avec ses subdivisions, ainsi que les établissements publics, comme des mineurs, c'est-à-dire comme des incapables qui ne peuvent pas veiller eux-mêmes à leurs intérêts; par suite, la loi leur donne les garanties qu'ils ne peuvent pas stipuler. Cette assimilation n'est pas tout à fait exacte. Il est vrai que l'Etat et les établissements publics sont des êtres fictifs; à ce titre, on peut dire qu'ils n'ont pas la capacité d'agir et de sauvegarder les droits dont ils sont investis. Toutefois cette incapacité même est une espèce de fiction. Il y a une grande différence entre l'Etat et les mineurs : ceux-ci sont naturellement incapables, et ils ont pour représentant un tuteur qui gère gratuitement, et qui est soumis au contrôle d'un subrogé tuteur et d'un conseil de famille, dont la surveillance est réellement fictive. La loi a donc dû intervenir en leur faveur, sinon leurs droits pourraient périr. Il n'en est pas de même de l'Etat; il a pour organe des fonctionnaires, c'est-à-dire des hommes instruits, expérimentés, dont l'existence et l'avenir dépendent du zèle qu'ils mettent à remplir leurs devoirs. Le code Napoléon a tenu compte de cette différence ; tout en accordant à l'Etat et aux établissements publics une hypothèque légale, il l'a soumise à la publicité; tandis que l'hypothèque des mineurs était efficace, alors même qu'elle n'avait pas été rendue publique. D'après la loi belge, toutes les hypothèques légales doivent être inscrites; sous ce rapport, l'Etat et les mineurs sont sur la même ligne. Sous un autre rapport, l'Etat et les établissements publics jouissent d'un droit exceptionnel : leur hypothèque est publique, mais elle n'est pas spéciale, dans le

sens de l'hypothèque des mineurs; nous avons dit plus haut (n° 258) quel est le motif de cette espèce de privilége. L'hypothèque de l'Etat et des établissements publics ne doit pas être spécialisée par un acte qui précède l'inscription, mais l'inscription doit être spéciale (art. 89). De plus, l'Etat peut prendre inscription sur tous les immeubles des comptables, sans que ceux-ci aient le droit d'agir en réduction pour cause d'excès. La faveur due aux deniers publics justifie cette dérogation à la loi commune. Il y en a encore une autre concernant les biens des femmes des comptables; nous y reviendrons (n° 420).

417. L'hypothèque légale est accordée à l'Etat, aux provinces, aux communes et aux établissements publics. Qu'entend-on, en cette matière, par établissements publics? Le code donne d'ordinaire ce nom aux personnes dites civiles, que la loi charge d'un service public (art. 910), de sorte que toute personne civile publique est un établissement public, ou, comme la loi dit aussi, un établissement d'utilité publique. Suffit-il qu'un établissement soit d'utilité publique pour qu'il ait une hypothèque légale sur les biens de ceux qui manient ses deniers? La négative est généralement admise; mais la difficulté est de déterminer quels sont les établissements qui jouissent d'une hypothèque, et à quel caractère on peut distinguer ceux qui n'en jouissent pas. On lit dans un arrêt de la cour de cassation de Belgique que, dans l'article 2121 (loi hyp., art. 47), on n'entend par établissements publics que ceux qui, institués par la loi dans un intérêt commun, relèvent directement de l'autorité publique, à la haute surveillance de laquelle ils sont soumis (1). Cela est très-vague, et la définition n'est pas puisée dans les principes de la matière; il faut remonter à la cause pour laquelle la loi accorde une hypothèque à l'Etat, aux provinces, aux communes et à certains établissements publics. Or, le fondement de l'hypothèque et des droits spéciaux qui y sont attachés, c'est la destination des deniers que les comptables sont chargés de percevoir. C'est parce que ce sont des deniers publics à la per-

(1) Rejet, 7 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 1, 381).

ception desquels la nation est intéressée, que la loi assujettit les comptables à une garantie spéciale, garantie que la loi ne considère jamais comme excessive, alors même qu'elle dépasserait le montant des créances que l'Etat peut avoir contre les débiteurs. D'après cela, on peut définir les établissements publics mentionnés par l'article 47 : ceux dont les deniers sont rangés dans la catégorie des deniers publics ; ce qui dépend de la gestion des comptables et du mode de comptabilité qui leur est imposé (1).

418. Nous trouvons une application de ce principe, et en même temps une justification, dans l'arrêté des consuls du 19 vendémiaire an XII. L'article 1er porte : « Les *receveurs* des *communes* et les *receveurs* des *hôpitaux, bureaux de charité, maisons de secours* et autres *établissements de bienfaisance*, sous quelque dénomination qu'ils soient connus, seront tenus de faire, sous leur responsabilité, toutes les diligences nécessaires pour le recouvrement des legs, etc., affectés au service de ces établissements. » L'article 5 ajoute : « Seront, au surplus, lesdits *receveurs* soumis aux dispositions des lois relatives aux *comptables des deniers publics* et à leur responsabilité. » Voilà le caractère distinctif des *comptables* et des *établissements publics* qui tombent sous l'application de l'article 47 (code civil, art. 2121) ; il ne suffit pas que l'*établissement* soit *public*, il ne suffit pas qu'il y ait des *comptables*, il faut que les deniers soient des deniers publics et que les comptables soient soumis aux lois qui régissent les fonctionnaires chargés de recevoir et de manier les deniers publics. Ce n'est que sous cette condition que l'on peut assimiler les établissements publics à l'Etat et à ses subdivisions, les provinces et les communes. Tels sont les hospices et les bureaux de bienfaisance. Ce sont des établissements communaux chargés d'un service public, de la charité légale ; leurs deniers sont des deniers publics au même titre que les deniers de la commune ou de l'Etat ; leur destination est la même, car la charité légale est un service public aussi bien que l'enseignement ou la justice. C'est pour

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 248, § 264 *quater*.

cette raison que ceux qui manient les deniers de ces établissements sont soumis aux lois qui régissent la comptabilité de l'Etat.

419. L'application de ces principes a soulevé deux questions très-controversées. Les caisses d'épargne et les fabriques d'église sont-elles des établissements publics dans le sens de l'article 47? La première question ne se présente pas en Belgique; la caisse d'épargne est, d'après notre législation, un établissement de l'Etat; c'est la même banque, la Banque Nationale, qui est chargée du service de la caisse d'épargne et du service de caissier de l'Etat. En France, il n'en est pas ainsi, les caisses d'épargne y ont un double caractère : créées par l'initiative des particuliers, elles sont en même temps des établissements publics, jouissant, à ce titre, de la personnalité civile, et remplissant une charge qui est certainement d'intérêt général, puisque l'épargne tend à améliorer la condition matérielle et morale des classes ouvrières. La cour d'Amiens, se fondant sur ce que les caisses d'épargne sont des établissements publics, a jugé que les caissiers étaient soumis à l'hypothèque légale, en vertu de l'article 2121 (1) (loi hyp., art. 47). Cette décision a été cassée. La cour de cassation a rendu plusieurs arrêts sur la matière; nous les rapportons parce qu'ils servent à décider la question de principe, celle de savoir ce qu'il faut entendre par établissements publics dans l'article 47, qui reproduit l'article 2121 du code civil.

Dans une première espèce, il s'agissait d'une caisse d'épargne fondée sous le titre et dans la forme d'une société anonyme, ce qui marquait déjà le caractère privé de l'institution; il n'appartient pas à des particuliers de former une commune, ni un hospice, ni un bureau de bienfaisance. Il est vrai que ladite société avait été approuvée par ordonnance royale dans la forme des règlements d'administration publique; par suite, elle jouissait de tous les avantages que les lois accordent à ces institutions, tels que de verser leurs fonds en compte courant au trésor pu-

(1) Amiens, 29 mars 1855 (Dalloz, 1855, 2, 306).

blic, et, sous la garantie du trésor, dans la caisse des dépôts et consignations. Les caisses d'épargne peuvent aussi recevoir des dons et legs ; néanmoins elles ne forment pas des *établissements publics* dans le sens de l'article 2121 (loi hyp., art. 47) ; en effet, l'autorité publique n'intervient pas directement dans leur gestion ; elles ne sont pas soumises aux lois de comptabilité ; à la différence des règles établies pour les communes et les hospices, le service des caisses d'épargne se fait d'après leurs statuts particuliers, elles n'ont pas de budget soumis à l'autorité supérieure, aucun mode particulier n'est tracé à leurs créanciers pour le recouvrement de leurs créances. Enfin, ce qui est décisif, et ce que la cour de cassation oublie d'ajouter, les deniers déposés aux caisses ne sont pas des deniers publics et ne sont pas destinés à un service public. Donc elles ne forment pas un établissement public, dans le sens de la loi hypothécaire (1). L'arrêt qui a cassé la décision de la cour d'Amiens ajoute que, malgré la surveillance que l'Etat exerce sur les caisses d'épargne et l'appui qu'il leur prête, elles ne sont pas devenues des établissements de l'Etat, parce qu'elles ne font pas un service public, mais un service spécial aux intérêts privés dont elles ont pris la protection dans la limite de leurs attributions (2).

420. Les établissements ecclésiastiques, tels que fabriques, séminaires, chapitres cathédraux, ont-ils une hypothèque sur les biens de leurs administrateurs comptables? Dans l'ancien droit, ces établissements avaient la personnification civile à tous égards ; ils jouissaient aussi d'une hypothèque légale (3). Cela tenait à l'alliance intime, pour mieux dire à la confusion de l'Eglise et de l'Etat ; il en résultait que tous les établissements de l'Eglise étaient des établissements publics ; l'Etat exerçait sur ces établissements la même autorité que sur les établissements laïques. La révolution de 1789 commença la sécularisation de l'Eglise, et notre constitution l'a complétée, mais d'une

(1) Rejet, chambre civile, 5 mars 1856, après délibéré en la chambre du conseil (Dalloz, 1856, 1, 121).
(2) Cassation, 8 juillet 1856 (Dalloz, 1856, 1, 278).
(3) De Ghewiet, *Institutes du droit belgique*, IIe partie, tit. I, § 3.

singulière façon. L'Eglise n'est plus un établissement public, en ce sens qu'elle n'est pas subordonnée à l'Etat ; elle jouit, sous ce rapport, d'une indépendance absolue. Mais l'Eglise est toujours un établissement public en ce sens qu'elle jouit de la personnification civile et des avantages qui y sont attachés. De là le caractère indécis de ces établissements. Notre cour de cassation a jugé que les fabriques d'église ne sont pas des établissements publics dans le sens de l'article 47 (code civil, art. 2121). Il est certain néanmoins, et cela n'était pas contesté, que, sous de nombreux rapports, les fabriques sont assimilées aux établissements publics et qu'elles sont soumises aux règles qui les gouvernent. Pourquoi donc la cour de cassation leur refuse-t-elle le caractère d'établissements publics au point de vue de l'hypothèque légale ? D'abord, on ne peut pas dire des fabriques ce que nous avons dit des hospices et autres établissements de bienfaisance, qu'elles ont pour objet un service public ; la charité légale intéresse tous les citoyens ; les fabriques ne concernent qu'une secte religieuse, celle des catholiques ; en ce sens elles sont affectées à un service privé, quoique ce service, en tant qu'il touche à la religion, soit d'intérêt général ; c'est ce double caractère des fabriques qui rend la décision de notre question si difficile. Elles sont établies par la loi, mais elles se renouvellent et se perpétuent sans l'intervention de l'autorité, dont elles ne subissent pas le contrôle régulier. Voilà pourquoi l'arrêté du 19 vendémiaire an XII, relatif aux comptables des communes et des établissements de charité, ne mentionne pas les fabriques. Les lois postérieures au code civil ne les mentionnent pas davantage ; ainsi la loi du 5 septembre 1807, qui complète la disposition de l'article 2121, et la loi du 15 septembre de la même année, qui institue la cour des comptes et soumet à sa juridiction les comptables de l'Etat, des départements et des communes, gardent le silence sur les fabriques. Ce qui est plus remarquable et, à notre avis, décisif, c'est que le décret du 30 décembre 1809 sur les fabriques d'église, ne dit rien de l'hypothèque légale, bien qu'il règle d'une manière détaillée et complète les devoirs des trésoriers et les sûretés qui sont prises à

leur égard; l'hypothèque légale, si elle frappait les trésoriers, rendait inutile ce surcroît de garanties; il n'était nécessaire que parce que les fabriques n'avaient pas d'hypothèque sur les biens de leurs comptables. C'est la seule explication que l'on puisse donner du silence que garde le décret de 1809, alors que le décret du 15 novembre 1811, relatif à l'université, a soin de rappeler l'article 2121. La différence que la loi établit entre les comptables des fabriques et ceux des établissements de charité, s'explique par les dispositions qui concernent la nomination des trésoriers; ils sont choisis parmi les notables des paroisses, leurs fonctions sont de courte durée, et d'ordinaire ils ne reçoivent pas d'émoluments (1).

421. L'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics frappe les biens des receveurs et administrateurs comptables. Qu'entend-on par comptables? Tous les administrateurs des finances ne sont pas des comptables. Tarrible a très-bien établi le principe qui sert à distinguer ceux dont les biens sont grevés d'hypothèque (2). Il y a, dit-il, dans l'administration des finances, des fonctionnaires qui manient réellement les deniers publics; il y en a d'autres qui dirigent seulement la recette et l'emploi de ces mêmes deniers, sans les manier eux-mêmes. Les premiers sont seuls comptables et soumis à l'hypothèque légale, les autres n'y sont pas assujettis. La distinction résulte de la définition que Ferrières donne des comptables : ce sont ceux qui manient les deniers publics ou du roi. La loi du 16 septembre 1807 sur la comptabilité a consacré la tradition; il en résulte que le vrai comptable est celui qui, soit en recevant les deniers publics, soit en en faisant l'emploi, manie réellement ces deniers et qui, à ce titre, est soumis à la juridiction de la cour des comptes. Quant à celui qui dirige la recette ou l'emploi, c'est-à-dire l'ordonnateur, il n'est pas comptable,

(1) Rejet, 7 juin 1849 et le réquisitoire de l'avocat général Dewandre (*Pasicrisie*, 1849, 1, 362). Comparez, en sens divers, Aubry et Rau (t. III, p. 249, note 5) et les auteurs qu'ils citent, et Cloes, t. II, p. 150, note 1.

(2) Tarrible, dans le *Répertoire* de Merlin, au mot *Hypothèques*, sect. II, § III, art. 4.

et la cour des comptes n'a sur lui aucune juridiction, alors même qu'il se rendrait coupable de prévarications. Ce que nous disons des comptables de l'Etat s'applique naturellement à ceux qui manient les deniers des provinces, des communes et des établissements publics.

422. Aux termes de l'article 48 (code civil, art. 2122), l'hypothèque légale de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics s'étend aux biens actuels et futurs du comptable. Elle est donc générale, en ce sens que le créancier peut prendre inscription sur tous les biens du débiteur; seulement la loi exige que les bordereaux qu'il présente au conservateur contiennent l'indication spéciale de la nature et de la situation de chacun des immeubles du comptable (art. 89; code civil, art. 2153). Ces inscriptions, alors même qu'elles seraient évidemment excessives, ne peuvent pas être réduites sur la demande du débiteur, comme la loi le permet pour l'hypothèque des mineurs et des femmes mariées. Nous en avons dit la raison (n° 258).

L'article 48 ajoute que cette hypothèque s'étend aux biens futurs de la femme du comptable. Pourquoi l'hypothèque frappe-t-elle des biens qui n'appartiennent pas au débiteur? C'est que la loi a craint la fraude. Pour soustraire ses biens à l'hypothèque dont la loi les frappe, le comptable aurait pu, de complicité avec sa femme, les acheter au nom de celle-ci; la fraude est si aisée que la loi la présume, ce qui dispense le créancier du fardeau de la preuve, preuve toujours difficile, car il est plus facile de frauder que de prouver la fraude. Toutefois ce n'est qu'une présomption qui admet la preuve contraire. La femme est admise à prouver qu'elle a acquis les biens soit à titre de succession ou de donation, ce qui exclut toute possibilité de fraude, soit à titre onéreux, de ses deniers propres; cette preuve, si la femme peut la faire, détruit la présomption de l'article 48, car la loi présume que la femme a acheté les biens avec les deniers du mari et pour le compte de celui-ci. De là suit que la présomption légale n'est pas applicable dans le cas où l'acquisition aurait été faite par la femme avant que son mari fût appelé aux fonctions de comptable.

SECTION III. — Des hypothèques conventionnelles.

§ Ier. *Définition.*

423. Aux termes de l'article 44 (code civil, art. 2117), « l'hypothèque conventionnelle est celle qui dépend des *conventions* et de la forme extérieure des actes et des contrats ». Il faut donc, pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle, qu'elle soit établie par une convention. Le contrat qui constitue l'hypothèque est indépendant de l'obligation à l'acquittement de laquelle elle est affectée. Sans doute, l'hypothèque conventionnelle, comme toute hypothèque, est l'accessoire d'une obligation principale; mais de là il faut se garder de conclure, comme on l'a fait, qu'elle se confond avec cette obligation, au point d'en prendre la nature. Tout ce qui résulte du caractère accessoire de l'hypothèque, c'est qu'elle ne peut exister sans qu'il y ait une obligation qu'elle est destinée à garantir; du reste, l'obligation principale peut ne pas être conventionnelle, elle peut résulter d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit; tandis que l'hypothèque conventionnelle ne se conçoit pas sans contrat. Alors même que l'obligation principale est conventionnelle, elle diffère encore de l'hypothèque établie par convention. Celle-ci, d'après la définition que la loi en donne, dépend de la *forme extérieure* des actes et des contrats; tandis que les obligations conventionnelles, pour la garantie desquelles l'hypothèque est stipulée, ne sont soumises à aucune forme; c'est d'ordinaire un prêt, contrat non solennel, comme tous ceux dont le code traite à partir de la vente. Ainsi l'obligation principale peut être constatée par un écrit sous seing privé, l'écrit ne servant que de preuve; il n'en est pas de même du contrat accessoire : l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique. Si donc les parties veulent dresser un seul et même acte pour constater la convention principale et pour constituer une hypothèque, elles devront dresser un acte authentique; de sorte que l'accessoire domine, dans ce cas, le principal. Mais elles

peuvent aussi faire leurs conventions par actes séparés; pour mieux dire, la convention principale ne doit pas être faite par acte, mais l'hypothèque doit toujours être consentie par acte notarié; l'authenticité est de son essence.

424. Il règne dans cette matière tant d'incertitude et, à notre avis, tant d'erreurs, que nous sommes obligé d'insister sur ces notions purement élémentaires, parce qu'on conteste jusqu'au principe que nous venons d'établir; il nous faut donc prouver, d'abord que l'hypothèque est un contrat, et, en second lieu, que c'est un contrat solennel. Le code distingue deux espèces de contrats, les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux; mais il est de l'essence de tout contrat qu'il y ait concours de consentement. Tant que l'une des parties seule consent, il y a simple offre, ce que l'on appelle en droit une pollicitation; il faut que cette offre soit acceptée pour qu'il se forme un contrat, et le contrat n'existe qu'à partir de l'acceptation. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Obligations conventionnelles*, sur ce point (t. XV, n°s 468-481). Ces principes reçoivent leur application à l'hypothèque conventionnelle. Elle forme un contrat unilatéral, puisque le débiteur seul s'oblige, le créancier ne contracte aucune obligation; il stipule la sûreté réelle, c'est la condition sous laquelle il contracte, le débiteur la consent; c'est par ce concours de consentement que l'hypothèque s'établit.

Les textes, les principes, la tradition, l'esprit du code civil et de la loi hypothécaire concourent pour établir ce principe, qui est aussi fondamental qu'élémentaire. D'après l'article 43, l'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire. Qu'est-ce qui caractérise ces trois espèces d'hypothèques? L'hypothèque légale résulte de la loi seule, elle n'exige aucun consentement des parties intéressées; le créancier est incapable de la stipuler et incapable d'y renoncer, et le débiteur ne peut pas s'opposer à ce que ses biens en soient affectés : tout se fait sans la volonté des parties intéressées et, au besoin, malgré elles. Il n'en est pas ainsi de l'hypothèque conventionnelle; elle *dépend* des *conventions*, dit l'article 44 (code civil, art. 2117). C'est dire d'une manière énergique que, sans convention, il ne

saurait y avoir d'hypothèque conventionnelle : le mot même le dit. Or, il n'y a pas de convention sans concours de consentement ; il ne suffit pas que le débiteur consente à grever son immeuble d'une hypothèque, il faut que le créancier, de son côté, consente pour que le contrat se forme ; si le créancier n'est pas présent à l'acte par lequel le débiteur constitue l'hypothèque, il doit accepter, et ce n'est que par cette acceptation que le contrat se parfait et que l'hypothèque existe.

Voilà le texte. Que disent les principes? L'hypothèque est un démembrement de la propriété, une aliénation partielle. Pour que la propriété soit démembrée, il faut qu'il y ait un créancier au profit duquel le débiteur consent à aliéner une partie de son droit de propriété, et il faut que le créancier accepte cette transmission partielle de propriété. Conçoit-on que la propriété entière soit transférée sans le concours de consentement de celui qui transmet la chose et de celui qui l'acquiert? On ne conçoit pas davantage qu'une fraction de la propriété soit transférée sans que le créancier l'acquière ; et peut-il l'acquérir sans consentir? Tant qu'il n'a pas consenti ou accepté, il n'y a qu'une offre, une pollicitation ; le débiteur qui l'a faite pourrait toujours la retirer, puisque sans l'acceptation il n'y a aucun lien entre lui et le créancier. N'est-ce pas là la situation des parties lorsque le débiteur constitue une hypothèque? Le créancier ne traite que sous cette condition ; le débiteur s'oblige à procurer cette sûreté au créancier ; celui-ci doit l'accepter, et, en l'acceptant, il lie le débiteur ; celui-ci ne peut plus rien faire qui lèse le droit que le créancier a acquis ; si, par son fait, il diminue les sûretés que, *par le contrat*, il a données à son créancier, il perd le bénéfice du terme. C'est ce que dit l'article 1188 ; cette disposition prouve tout ensemble que l'hypothèque est une sûreté contractuelle et que le contrat engendre une obligation à charge du débiteur et un droit au profit du créancier : comment cela pourrait-il se faire sans concours de volontés?

Tels sont les principes. Ecoutons maintenant la tradition. Dans l'ancien droit, l'hypothèque était attachée à tout contrat passé dans la forme authentique devant notaire ;

l'hypothèque se confondant avec la convention principale, il en résultait qu'elle était essentiellement conventionnelle; sans concours de consentement, il n'y avait pas de convention principale, partant, pas d'hypothèque. Dans la théorie traditionnelle, la question que nous discutons n'aurait pas même pu se présenter. Il y avait seulement quelques coutumes qui considéraient l'hypothèque comme un contrat distinct, c'étaient les coutumes de nantissement. Or, notre loi hypothécaire procède de ces coutumes; il importe donc de rappeler comment l'hypothèque se constituait dans notre ancien droit. Nous l'avons déjà dit : on suivait, pour l'hypothèque conventionnelle, les conditions et les formes que la tradition avait consacrées pour la transmission de la propriété immobilière, c'est-à-dire que le débiteur se dessaisissait du droit dont il saisissait le créancier; de là les formalités de la *dessaisine* et de la *saisine* (1). C'est l'expression exacte des principes que nous venons d'exposer. Le débiteur qui constitue une hypothèque aliène une partie de son droit de propriété; il s'en *dessaisit* donc. Cela suffit-il pour que l'hypothèque existe au profit du créancier? Non, pas plus que la *dessaisine* du vendeur ne suffit pour que la propriété soit transmise à l'acheteur. Il faut de plus que le créancier soit *saisi* du droit dont le débiteur se dépouille en sa faveur, comme il faut la *saisine* pour que l'acheteur acquière la propriété dont le vendeur se dessaisit à son profit. Ainsi consentement du débiteur et consentement du créancier, telles sont les conditions exigées par les coutumes de nantissement pour qu'il y ait hypothèque conventionnelle. Cependant, dans l'ancien droit déjà, les praticiens avaient imaginé une constitution d'hypothèque qui se faisait par la seule volonté du débiteur, pour mieux dire, sans concours de volontés. Le président Favre, ce rude adversaire des praticiens, disait que c'était une chose monstrueuse, c'est-à-dire souverainement absurde, de dire qu'une hypothèque conventionnelle pût exister sans convention (2).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèque*, sect. I, § I (t. XIII, p. 411).
(2) Faber, *De erroribus pragmaticorum*, decad. I, error 1.

Est-ce que les auteurs du code civil auraient consacré une pareille énormité? Le texte de l'article 2117 (loi hyp., art. 44) semble conçu à dessein pour répudier l'erreur que le président Favre avait flétrie : si, comme la loi le dit, l'hypothèque conventionnelle *dépend des conventions*, comment existerait-elle sans convention? Ecoutons l'orateur du gouvernement; voici comment il explique la définition de l'article 2117, dans l'Exposé des motifs : « *Deux personnes* qui *traitent* se *donnent respectivement*, dans un acte authentique, des sûretés pour la garantie de leurs conventions : voilà l'hypothèque conventionnelle » (1). *Se donnent respectivement :* cela veut bien dire que le créancier stipule la garantie et que le débiteur la promet. Donc l'hypothèque n'existe que par le concours des *deux parties* qui *traitent*.

Sous l'empire du code, il y avait controverse, comme nous allons le dire, sur le point de savoir si l'hypothèque était valable lorsque l'emprunteur comparaissait seul devant le notaire pour déclarer qu'il avait reçu telle somme à titre de prêt, et qu'il donnait tel bien en hypothèque comme garantie de son obligation. La commission spéciale qui a préparé le projet de loi examine la question dans son rapport, et elle décide que l'hypothèque ainsi établie serait nulle. En effet, dit-elle, l'hypothèque doit être constituée par acte authentique, et, comme acte constitutif d'hypothèque, l'acte ne peut recevoir son existence que par suite de l'acceptation, constatée authentiquement, du créancier. La commission ajoute que la loi ne reconnaît que les hypothèques légales, testamentaires et conventionnelles; elle ne reconnaît point une quatrième classe d'hypothèques, volontaires de la part du débiteur seul (2). Cela est très-juste; une hypothèque consentie par le débiteur seul ne peut être qualifiée de conventionnelle sans monstruosité, comme dit le président Favre; ce serait donc une hypothèque autre que l'hypothèque conventionnelle; et où est le texte qui consacre cette quatrième hypothèque? Il y aurait donc une hypothèque que la loi ne

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. VIII, p. 241).
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 39).

connaît point! Cela peut, à juste titre, s'appeler une nouvelle monstruosité.

425. Cependant l'erreur que le président Favre traitait de monstrueuse s'est perpétuée; on l'enseigne et on juge en ce sens. L'un des commentateurs de notre loi hypothécaire déclare qu'il n'est guère touché de l'argument de la commission spéciale que nous venons de rapporter. De ce que la loi ne reconnaît que trois espèces d'hypothèques, on ne peut pas conclure, dit-il, que celle qui résulte de la volonté unilatérale du débiteur ne soit pas une hypothèque conventionnelle, puisque l'acte de constitution d'une hypothèque peut n'être qu'un acte unilatéral et ne requiert pas le *duorum in unum placitum consensus*. Cela veut-il dire que l'hypothèque constituée par le débiteur seul est une convention unilatérale, et n'exige, par conséquent, pas le concours de volontés du débiteur et du créancier? Si telle est la pensée de l'auteur, il se trompe certainement, car le concours de volontés est nécessaire pour tout contrat. Il en est ainsi de la donation, qui est un contrat unilatéral; ce qui n'empêche pas qu'elle n'existe que par l'acceptation du donataire, laquelle doit, de plus, être notifiée au donateur. L'auteur que nous combattons ajoute que la loi belge reconnaît l'hypothèque testamentaire, laquelle résulte de la seule volonté du testateur; elle a donc, dit-il, pu admettre aussi une hypothèque établie par la seule volonté du débiteur; l'hypothèque est conventionnelle en ce sens que la volonté du débiteur est nécessaire pour la constituer, par opposition à l'hypothèque légale, qui existe sans la volonté du débiteur (1). Cette comparaison nous paraît peu concluante. D'abord il n'est pas exact de dire que l'hypothèque testamentaire n'exige que la seule volonté du testateur, car le légataire doit accepter le legs. Ensuite, on ne peut pas comparer une hypothèque qui n'exige pas l'intervention des parties intéressées avec une hypothèque qui n'existe que parce que l'une des parties la stipule et que l'autre la consent. Après cela, le même auteur rapporte l'opinion de Dalloz et de Martou, qui se contentent d'une acceptation ta-

(1) Cloes, *Commentaire*, t. III, p. 45, nos 70 et 71.

cite, et il dit qu'il est de leur avis. Nous ne savons comment concilier ces diverses opinions; s'il faut une acceptation tacite, il n'est pas exact de dire que l'hypothèque résulte de la seule volonté du débiteur, car une acceptation tacite est aussi une manifestation de consentement; et si le créancier consent, il y a concours de volontés; donc contrat, et non acte unilatéral.

Martou commence par dire que « la concession d'une hypothèque est, de la part du débiteur, une *obligation unilatérale,* dont la validité n'est subordonnée ni à la présence du créancier à l'acte, ni à une *acceptation* ultérieure de sa part ». Nous avouons ne pas comprendre ce que c'est qu'une *obligation unilatérale;* toute obligation est essentiellement un lien de droit entre le débiteur obligé et le créancier au profit duquel l'obligation existe : comment donc y aurait-il une obligation de la part du débiteur seul? Martou ajoute que le créancier manifeste suffisamment son acceptation par l'inscription de l'hypothèque (1). Qu'est-ce à dire? L'acceptation du créancier est-elle, oui ou non, nécessaire pour que l'hypothèque existe? Si oui, l'hypothèque est un contrat qui exige le concours de volontés; cependant Martou combat l'idée que, pour la constitution de l'hypothèque, le concours de deux volontés soit indispensable. Si non, l'hypothèque se parfait sans concours de volontés, sans convention; et une hypothèque conventionnelle sans convention, c'est le *monstre* que le président Favre a signalé comme une erreur des praticiens.

426. Il y a des arrêts qui consacrent cette monstruosité. La cour de Lyon a rendu une décision que nous voudrions effacer de la jurisprudence, car elle la déconsidère. Elle commence par dire que, d'après la loi, une *acceptation formelle* n'est indispensablement exigée que pour les donations entre-vifs. On croirait que, partant de ce principe, la cour va en induire que l'*acceptation formelle* n'est pas requise pour la validité de l'hypothèque. Du tout; la cour pose un nouveau principe, à savoir que, dans un *contrat unilatéral,* une acceptation de celui envers lequel on s'en-

(1) Martou, *Commentaire,* t. III, p. 87, n° 982 *ter.*

gage est inutile, puisque lui-même ne s'oblige à rien. Qu'est-ce que le président Favre aurait dit s'il avait trouvé une pareille énormité dans l'arrêt d'un parlement? Quoi! il y a des contrats sans concours de consentement, alors que le contrat, quel qu'il soit, n'est autre chose qu'un concours de volontés? L'arrêt contient ensuite une proposition inintelligible : « En matière d'hypothèques, la position des contractants ne change pas. » Puis la cour ajoute : « Au contraire, il ne pourrait en être ainsi dans le cas où le contrat serait synallagmatique, parce que, dans cette seconde nature de contrats, le concours des deux volontés est nécessaire pour le former et le rendre parfait. » Cette dernière proposition est la seule que nous comprenions; elle complète l'erreur dans laquelle verse la cour sur une chose purement élémentaire, la définition du contrat; la cour a sans doute pris au pied de la lettre ce que dit l'article 1108, d'après lequel on pourrait croire que le consentement n'est requis que de la part de la partie qui s'oblige; mais qui ne sait que cette disposition est mal rédigée? Enfin la cour dit que « les conditions requises pour la validité d'une affectation hypothécaire conventionnelle sont déterminées par l'article 2129 (loi hyp., art. 78), et qu'au nombre de ces conditions ne se trouve pas celle de l'acceptation (1). » Il suffit de lire l'article 2129 pour se convaincre que la cour se trompe; cet article ne détermine pas les conditions requises pour la validité de l'hypothèque conventionnelle, il ne concerne que l'une de ces conditions, la spécialité des biens; il y a un autre article relatif à la spécialité de la créance (art. 2132; loi hyp., art. 80); il y en a un troisième qui règle la forme de l'hypothèque conventionnelle (article 2127; loi hyp., art. 76); et il y en a un quatrième que la cour oublie complétement, c'est celui qui définit l'hypothèque conventionnelle (art. 2117; loi hyp., art. 44).

La cour de cassation a rendu, en cette matière, un arrêt que l'on a mal interprété : n'est-ce pas parce que l'arrêt est mal rédigé? Le pourvoi soutenait, comme nous venons

(1) Lyon, 9 mai 1837 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1260, 1°).

de le faire, que dans tout contrat, même unilatéral, deux volontés sont nécessaires pour constituer l'obligation, celle du débiteur et celle du créancier. Que répond la cour? « La reconnaissance pure et simple d'une dette, *avec affectation hypothécaire,* peut constituer un *engagement unilatéral* et être régulièrement faite par le *débiteur seul.* » Cette proposition isolée est le résumé de toutes les erreurs que nous venons de reprocher à la cour de Lyon. Il n'est pas vrai qu'un *engagement unilatéral,* c'est-à-dire une convention unilatérale, puisse résulter de la seule volonté du débiteur. Il n'est pas vrai que l'*affectation hypothécaire,* c'est-à-dire l'hypothèque conventionnelle, puisse jamais être valable par la seule volonté de celui qui la consent. En réalité, comme le remarque l'arrêtiste, ce n'est pas là ce que la cour de cassation a voulu dire. Le débat ne portait pas sur l'acceptation, il portait sur le point de savoir s'il fallait une acceptation authentique; nous reviendrons sur cette question, c'est la seule que la cour ait décidée (1). Il en est de même d'un arrêt récent de la cour de Chambéry, tout aussi mal rédigé. La cour commence également par dire que « la stipulation d'une hypothèque est un *acte unilatéral,* pour lequel l'intervention de celui qui l'accorde est seule nécessaire ». Voilà l'erreur; vient ensuite l'explication, que l'acceptation peut résulter, même tacitement, d'actes postérieurs (2). Dès qu'il faut une acceptation du créancier, il est inexact de dire que l'intervention du débiteur suffit; nous examinerons plus loin s'il est vrai que l'acceptation tacite suffise.

427. Nous ne connaissons, dans la jurisprudence française, qu'un seul arrêt qui ait établi clairement le vrai principe, lequel est d'une telle évidence que l'on s'étonne de le voir méconnu. « Il ne peut pas exister de contrat sans convention, dit la cour de Toulouse, et il ne peut pas exister de convention sans le concours des volontés des parties intéressées. » Or, dans l'acte litigieux, le débiteur déclarait qu'il conférait hypothèque au créancier, sans que celui-

(1) Rejet, 5 août 1839 (Dalloz, au mot *Privilèges et Hypothèques,* n° 1260).
(2) Chambéry, 20 janvier 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).

ci eût accepté ledit acte; personne ne s'était même porté fort de son acceptation; le notaire avait accepté pour le créancier, et cette acceptation, comme nous le dirons plus loin, est inopérante (1).

La jurisprudence des cours de Belgique a aussi ses incertitudes et ses contradictions, nous les signalerons; il importe de le faire, parce que l'autorité des arrêts est bien plus grande que celle des auteurs. On discute la doctrine, et on se soumet à la jurisprudence; c'est une autorité usurpée que l'ignorance a établie et que l'ignorance perpétue, car il est bien plus commode de citer des arrêts que de donner des raisons; cependant les arrêts n'ont qu'une autorité de raison : tant valent les motifs, tant vaut l'arrêt. Puisque l'on invoque les arrêts comme si c'étaient des lois, il convient de contrôler cette autorité, qui menace de prendre la place de la loi. C'est ce travail long et pénible qui augmente si démesurément le nombre des volumes que nous comptions consacrer aux *Principes de droit civil*. Néanmoins nous ne le regrettons pas, car l'étude de la jurisprudence est devenue aussi nécessaire que celle des lois.

Notre cour de cassation a consacré les vrais principes en termes excellents. « Dans tout contrat d'hypothèque, dit l'arrêt, le lien de droit ne peut se former que par le concours de deux volontés, par la volonté de celui qui affecte un immeuble à l'acquittement d'une obligation et par la volonté de celui qui, en acceptant cette affectation, acquiert le droit hypothécaire; d'où il suit que le contrat reste imparfait jusqu'à ce que la volonté du créancier se soit manifestée (2). »

La jurisprudence de nos cours d'appel est loin d'avoir cete précision: nous y reviendrons en examinant les difficultés qui se sont présentées dans l'application de la loi. Avant tout, il faut établir le second élément de notre principe. Que l'hypothèque conventionnelle n'existe qu'en vertu d'une convention, il paraît difficile de le nier. Nous avons ajouté que cette convention est un contrat solennel. Ce se-

(1) Toulouse, 31 juillet 1830 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1261).
(2) Cassation, 29 mai 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 212).

cond point n'a pas la même évidence ; nous allons essayer de l'établir.

428. La distinction des contrats solennels et non solennels, quoiqu'elle ne soit pas formulée par la loi, est admise par la doctrine et par la jurisprudence. Toutefois les difficultés et les controverses ne manquent pas quand il s'agit de déduire les conséquences du principe. La donation est un contrat solennel, ce qui veut dire que la forme authentique est requise pour l'existence même du contrat; la donation nulle en la forme n'a pas d'existence légale, c'est le néant. En est-il de même du contrat de mariage? Ici l'incertitude commence déjà; dans notre opinion, les conventions matrimoniales forment aussi un contrat solennel; nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre qui est le siége de la matière (t. XXI, n° 44). Quant à l'hypothèque conventionnelle, l'accord cesse; les auteurs ne discutent pas la question, mais, comme ils n'admettent pas les conséquences qui découlent de la solennité, on peut dire qu'ils rejettent le principe; la jurisprudence est divisée, à ce point qu'elle laisse incertaine la question de savoir si l'hypothèque conventionnelle procède d'un contrat.

Nous croyons que l'hypothèque conventionnelle est un contrat solennel, par la raison pour laquelle on attribue ce caractère à la donation et au contrat de mariage. Les textes sont conçus à peu près dans les mêmes termes ; en tout cas, dans le même esprit. D'après l'article 931, « tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires ». L'article 1394 porte que « les conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire ». Quant aux hypothèques, la loi contient deux dispositions : d'abord l'article 44 (code civil, art. 2117), qui définit l'hypothèque conventionnelle celle qui dépend des *conventions* et de la *forme extérieure* des actes et des contrats. Ce texte nous paraît décisif. La loi ne se contente pas de dire que l'hypothèque dépend des conventions, ce qui veut dire que sans convention il n'y a point d'hypothèque; elle ajoute que l'hypothèque conventionnelle *dépend* encore de la *forme extérieure des actes et des contrats;* ce qui doit avoir la même signification, c'est-à-dire que, sans ces formes exté-

rieures, il n'y a pas d'hypothèque; d'où la conséquence que les formes sont de la substance du contrat. Après cela, l'article 76 (code civil, art. 2127) dispose que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par *acte authentique*. Ainsi le *consentement* doit se manifester *dans la forme authentique*; or, tel est précisément le caractère des contrats solennels, c'est que le consentement n'existe que lorsqu'il a été donné dans certaines formes; si ces formes n'ont pas été observées, il n'y a pas de consentement, et sans consentement il n'y a pas de contrat.

L'esprit de la loi conduit à la même conséquence. En quel sens la loi exige-t-elle un acte authentique pour la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque? Est-ce pour la preuve de ces contrats? Non; sur ce point tout le monde est d'accord; quand même il serait certain qu'il y a eu donation, contrat de mariage et hypothèque, ces contrats seraient néanmoins inexistants s'ils n'étaient pas constatés par acte authentique. L'acte notarié n'est pas requis pour la preuve; il est donc prescrit pour l'existence du contrat : c'est dire que le contrat est solennel.

429. Ce qui pourrait faire hésiter, c'est que l'on ne s'accorde pas sur les motifs pour lesquels la loi exige l'authenticité du contrat d'hypothèque. « Par notre usage, dit Domat, les conventions ne donnent point d'hypothèque, quand même elle serait exprimée, si elles ne se passent pas devant notaires. Car, sans cette forme, il serait facile aux débiteurs qui voudraient frauder leurs créanciers de donner aux derniers d'anciennes hypothèques par des antidates (1). » Ce motif était déjà insuffisant dans l'ancien droit; car pour empêcher l'antidate, il aurait suffi d'exiger l'enregistrement. Dans notre droit moderne, l'explication de Domat est encore moins admissible, car elle suppose des hypothèques occultes dont le rang dépend de la date du contrat, et nos hypothèques sont publiques; leur rang dépendant de l'inscription, il ne peut plus être question d'antidate.

On donne une autre explication qui pénètre plus dans le

(1) Domat, *Lois civiles*, livre III, titre I, sect. II, art. 33.

fond des choses. Pourquoi n'admet-on pas, en matière d'hypothèques conventionnelles, les actes ayant date certaine, comme on les admet en matière de gage? La création du contrôle ou de l'enregistrement est postérieure à l'établissement des hypothèques conventionnelles. Celles-ci se constituaient d'abord dans les formes judiciaires, de même que la propriété se transmettait par les œuvres de loi. La constitution d'une hypothèque était donc une espèce de jugement; dans cet ordre d'idées, il est évident qu'aucune preuve ne pouvait remplacer l'intervention du juge; les œuvres de loi n'étaient pas une question de preuve, c'étaient des formes solennelles prescrites dans l'intérêt des tiers, donc dans un intérêt public; or ces formes sont toujours de la substance de l'acte. Les œuvres de loi tombèrent en désuétude dans la plus grande partie de la France; elles furent remplacées par l'intervention des notaires; les notaires étaient considérés comme des officiers de justice: leurs actes tenaient lieu de la sentence du juge, pour mieux dire, des œuvres de loi qui se passaient devant le juge. De là la conséquence que l'acte authentique était de la substance de l'acte (1).

Cette explication historique peut encore être admise aujourd'hui comme une justification du principe consacré par le code civil et par notre loi hypothécaire. Les hypothèques tiennent à l'ordre public, puisque l'objet du régime hypothécaire est de garantir l'intérêt des tiers, lequel se confond avec l'intérêt général, et de procurer au propriétaire le crédit que sa fortune immobilière doit lui assurer. L'article 42 (code civil, art. 2115) consacre une conséquence de ce principe et décide en même temps notre question : « L'hypothèque n'a lieu que dans les cas et suivant les *formes* autorisés par la loi. » Ainsi les formes sont de la substance de l'hypothèque conventionnelle; il n'y a pas d'hypothèque conventionnelle sans les solennités prescrites par la loi, de même qu'il n'y a point de contrat de mariage ni de donation sans les formes légales.

(1) Comparez Merlin, *Répertoire*, au mot *Hypothèques*, section I, § V, n° II (t. XIII, p. 41).

Il y a encore d'autres raisons qui justifient l'intervention du notaire dans la rédaction des contrats d'hypothèque. L'hypothèque conventionnelle et les conventions matrimoniales sont les plus importants tout ensemble et les plus difficiles des actes. Combien y a-t-il de parties contractantes qui savent ce que c'est que la spécialité de l'hypothèque? Cependant si l'hypothèque n'a pas été spécialisée par le contrat, elle est nulle. Que d'hypothèques seraient annulées si la loi avait admis des actes sous seing privé pour les établir! La fortune des citoyens dépend des conventions hypothécaires; il était donc nécessaire de faire intervenir des hommes de loi dans la rédaction des actes qui établissent l'hypothèque, afin d'éclairer les parties contractantes et d'assurer la validité de leurs conventions.

430. Nous croyons inutile de rapporter les motifs divers que donnent les auteurs pour expliquer le principe de l'authenticité (1); il faudrait les discuter et les rectifier, ce qui aboutirait à répéter ce que nous venons de dire. Il suffit de faire connaître les raisons qui ont engagé les auteurs de la loi belge à consacrer le principe de la solennité de l'hypothèque. On lit dans le rapport de la commission spéciale : « Les placements sur hypothèque doivent présenter une entière sécurité, et, en aucun cas, leur sort ne doit dépendre de la simple dénégation d'une signature. Ce but ne serait atteint qu'à demi si l'hypothèque pouvait être consentie par des actes sous seing privé. » L'intérêt public et les nécessités du crédit exigent l'authenticité pour la constitution d'une hypothèque conventionnelle, comme pour la transmission de la propriété immobilière. Seulement la différence est grande quant aux conséquences. L'hypothèque n'a d'effet qu'à l'égard des tiers; déclarer qu'elle doit être constatée par acte authentique dans l'intérêt des tiers qui contractent avec le propriétaire, c'est dire que son existence dépend de l'authenticité, tandis que la vente existe entre les parties, indépendamment de tout écrit; voilà pourquoi la vente n'est pas un contrat solennel, mal-

(1) Martou, t. III, p. 85, n° 981. Pont, t. II, p. 90, n° 655. Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 606, n° 148.

gré la nécessité d'un acte authentique pour en opérer la transcription, tandis que l'hypothèque est un contrat solennel, parce que la solennité intéresse tous ceux qui la stipulent, la promettent ou sont intéressés à la connaître (1).

Le rapport de M. Lelièvre résume ce que nous venons de dire et vient à l'appui de notre doctrine : « La loi nouvelle ne pouvait hésiter à exiger un acte *public* et *solennel*. L'existence de l'hypothèque doit être certaine. Elle ne peut être abandonnée aux chances d'une vérification d'écritures. D'un autre côté, le *crédit foncier* ne permet pas d'établir un ordre de choses dont le résultat inévitable serait de jeter de l'incertitude sur la situation hypothécaire (2). »

Les rapports des deux commissions concernent spécialement la disposition qui exige l'authenticité pour les procurations données à l'effet de constituer hypothèque. C'est une nouvelle confirmation de l'opinion que nous venons de défendre. En règle générale, les procurations peuvent se donner par acte sous seing privé et même par lettres (art. 1985). Ce n'est que par exception, et dans les actes solennels, que la loi exige que les procurations soient authentiques : telle est la donation (art. 932). L'article 76, en mettant, sous ce rapport, l'hypothèque conventionnelle sur la même ligne que la donation, décide implicitement que l'hypothèque est un contrat solennel.

§ II. *Solennité.*

431. L'article 76 porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par *acte authentique*. C'est la reproduction de l'article 2127 du code civil. Il y a cependant une différence entre les deux dispositions ; l'article 2127 ajoute que l'acte doit être passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins, c'est-à-dire que l'acte authentique doit être un acte notarié. Pourquoi cette dernière partie de l'article 2127 qui se trouvait dans le projet a-t-elle été retran-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 39).
(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 142).

chée? Ce n'est pas pour changer le principe du code Napoléon, en admettant d'autres actes authentiques que des actes notariés, c'est pour mettre l'article 76 en harmonie avec l'article 2 de la loi hypothécaire. On admet à la transcription non-seulement les actes authentiques, c'est-à-dire notariés, mais aussi les actes reconnus en justice ou devant notaire; il en devait être de même des actes contenant stipulation d'hypothèque. C'est donc un simple changement de rédaction (1). Le principe est maintenu : un acte notarié est nécessaire pour la validité de l'hypothèque conventionnelle; dans notre opinion, il faut dire plus, l'acte notarié est requis pour l'existence de l'hypothèque (n°s 428-430). Mais il faut ajouter que la loi assimile aux actes notariés les actes sous seing privé qui sont reconnus en justice ou devant notaire. Nous renvoyons, quant à l'explication de l'article 76, à ce qui a été dit sur l'article 2.

432. L'acte notarié doit-il être reçu en minute, ou peut-il être reçu en brevet? D'après le code civil, la question est controversée et la solution douteuse; nous croyons que le motif de douter a disparu sous la loi nouvelle et qu'il faut décider que l'acte d'hypothèque doit être reçu en minute. La loi de ventôse sur le notariat pose comme règle que tous les actes notariés doivent être passés en minute sous peine de nullité; l'article 20 ajoute cette exception : « Ne sont néanmoins compris dans cette disposition, les certificats de vie, procurations... et autres *actes simples* qui, d'après *les lois,* peuvent être délivrés en brevet. » Certes, en principe, l'hypothèque n'est pas un de ces actes simples qui font exception à la règle, c'est un acte solennel, et un des plus importants de la vie civile. Reste à savoir s'il y a une loi qui permette de le recevoir en brevet. Le code civil contenait une disposition d'où l'on a conclu que l'acte d'hypothèque pouvait être délivré en cette forme; aux termes de l'article 2148, le créancier qui requiert l'inscription doit présenter au conservateur l'*original en brevet* ou une expédition authentique du jugement ou de l'acte qui donne naissance au privilége et à l'hypothèque. Les mots *origi-*

(1) Martou, *Commentaire,* t. III, p. 86, n° 981.

nal en brevet ne peuvent se référer qu'aux actes notariés, car les jugements sont toujours reçus en minute. De là la conséquence forcée que les actes d'hypothèque pouvaient être reçus en brevet (1). Il en résultait une étrange anomalie, c'est que l'un des actes les plus importants était assimilé à un acte simple, tandis que les autres actes solennels doivent être reçus avec minute ; la loi l'exige formellement pour la donation (art. 931), et la doctrine l'exigeait pour le contrat de mariage. Cette anomalie disparaît d'après notre loi hypothécaire ; elle ne reproduit plus les mots *original en brevet ;* il n'y a donc plus de loi qui permette de recevoir l'acte d'hypothèque en brevet, ce qui est décisif.

433. Merlin et Grenier ont soulevé une autre difficulté : ils enseignent que l'acte notarié ne produit d'hypothèque qu'à dater du jour de l'enregistrement. Cette opinion n'a pas trouvé faveur (2), et l'on s'étonne même que Merlin l'ait soutenue. Il la fonde sur la loi du 5 décembre 1790 relative à l'organisation de l'enregistrement, dont l'article 9 est ainsi conçu : « A défaut d'enregistrement dans les délais fixés, un acte passé devant notaires ne pourra valoir que comme acte sous seing privé. L'acte ayant reçu la formalité omise acquerra la fixité de la date et l'hypothèque, à compter du jour de l'enregistrement. » Mais cette disposition a été abrogée par la loi du 22 frimaire an VII, qui porte (art. 73) : « Toutes les lois rendues sur les droits d'enregistrement et toutes les dispositions d'autres lois y relatives, sont abrogées. » Merlin fait une objection peu digne de lui : l'article 73, dit-il, n'a abrogé que les lois relatives aux *droits d'enregistrement,* c'est-à-dire les dispositions fiscales ; il n'a pas abrogé les dispositions concernant la formalité et ses effets juridiques. La cour de Grenoble n'a pas tort de dire que cette objection est une subtilité dénuée de tout fondement raisonnable. Si une formule d'abrogation est absolue, c'est bien celle de la loi de frimaire, et il serait à désirer que toutes les lois fussent

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 273, note 46, § 246, et, en sens divers, les autorités qu'ils citent. Il faut ajouter Alger, 7 mai 1870 (Dalloz, 1871, 2, 2).

(2) Voyez Troplong, t. II, n° 507, qui discute très-bien la question.

rédigées avec le même soin, ce qui permettrait d'abroger toute la législation antérieure, comme l'a fait le législateur de l'an VII. Nous croyons inutile d'insister.

434. On a porté bien des fois devant les cours de Belgique une question qui ne méritait pas non plus les honneurs d'une controverse. Il y a encore beaucoup de vieilles rentes dans nos provinces, ce qui nécessite des titres nouvels : si ces titres sont des actes notariés, et s'ils contiennent les désignations requises par la loi, ils peuvent certainement servir de base à l'inscription hypothécaire; bien entendu que si le créancier n'a pas pris inscription en vertu du titre primitif, il n'aura rang qu'à partir de l'inscription du titre nouvel. La jurisprudence est unanime en ce sens (1).

435. Les vieilles rentes ont encore donné lieu à une autre difficulté. Une loi du 28 floréal an III permet à l'Etat de suppléer, par la déclaration des débiteurs, aux titres originaux des créances provenant d'établissements ecclésiastiques. Ces établissements conservent, en général, leurs titres avec grand soin; mais lors de leur suppression, ils les ont soustraits à l'Etat par une de ces fraudes pieuses qui font gagner le ciel en violant la loi. Quand les débiteurs sont plus consciencieux que leurs créanciers et qu'ils avouent leurs dettes, tout est bien; mais on demande si l'Etat ou les cessionnaires de ces créances peuvent prendre inscription des hypothèques qui y sont attachées. La question a été portée devant la cour de cassation de Belgique; elle l'a décidée affirmativement. En permettant à l'Etat de suppléer au titre original par la déclaration du débiteur, la loi de floréal autorise par cela même le créancier à se servir de la reconnaissance à toutes fins, comme il aurait fait du titre primordial, par conséquent aussi pour la conservation des sûretés hypothécaires (2).

436. La législation antérieure au code civil permettait

(1) Liége, 21 juillet 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 159). Bruxelles, 28 janvier 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 275). Liége, 21 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 441; c'est la reproduction de l'arrêt du 21 juillet 1818). Liége, 22 juin 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 209).

(2) Rejet, 17 mai 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 1, 238).

de constituer hypothèque par des actes administratifs. Ces lois ont elles été abrogées par l'article 2127 du code Napoléon? Si l'on s'en tenait au principe que les lois générales ne dérogent pas aux lois spéciales, il faudrait décider que ces lois administratives sont toujours en vigueur. A notre avis, on abuse de ce principe, aucune loi ne le consacre; on ne doit donc l'admettre que si l'intention du législateur a été de maintenir les lois spéciales antérieures, car toute abrogation tacite est une question de volonté; et admettre comme règle absolue que les lois spéciales l'emportent toujours sur les lois générales, ce serait bien souvent heurter la volonté du législateur. Nous en avons fait la remarque en examinant la question de savoir si la loi hypothécaire abroge les dispositions du code civil relatives à la transcription; dans notre opinion, la loi nouvelle, organisant un système complet de publicité, entraîne par cela même l'abrogation de la publicité spéciale et imparfaite établie par des lois antérieures. Le même principe doit recevoir son application aux lois administratives qui permettaient de constituer une hypothèque par un acte de l'administration; elles sont en opposition avec les termes de l'article 2126, d'après lequel l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins. C'est un système nouveau et absolu qui prend la place de la législation antérieure. Il y a mieux; l'abrogation des lois anciennes résultait déjà de la loi du 11 brumaire an VII, qui abroge, d'une manière générale et absolue, « *toutes les lois,* coutumes et usages antérieurs sur les constitutions d'hypothèques » (art. 56), sans distinguer si ces lois étaient générales ou spéciales. Le législateur français aime l'unité; et que deviendrait l'unité du droit si toutes les lois particulières restaient en vigueur après l'établissement d'une loi générale? Nous considérons donc comme abrogée la loi du 23 octobre 1790, qui porte (art. 14 du titre II) : « Le ministère des notaires ne sera nullement nécessaire pour la passation des baux (administratifs), ni pour tous les actes d'administration. Ces actes, ainsi que les baux, seront sujets au contrôle, et ils emporteront hypo

thèque et exécution parée. » Nous considérons également comme abrogée une disposition analogue qui se trouve dans la loi du 4 mars 1793, dont l'article 3 est ainsi conçu : « Quoique les marchés soient passés par des actes sous signatures privées, la nation aura néanmoins hypothèque sur les immeubles appartenant aux fournisseurs et à leurs cautions, à compter du jour où les ministres auront accepté les marchés. » Ces lois tenaient à un ordre de choses qui a été aboli par la loi de brumaire et par le code Napoléon; l'hypothèque conventionnelle existait de plein droit, dans tout acte authentique, sur tous les biens présents et à venir du débiteur : c'était un privilége attaché à l'authenticité; dans cet ordre d'idées, on comprend que l'on ait étendu ce principe aux actes reçus par des fonctionnaires administratifs. Les lois nouvelles ont établi des principes tout à fait différents; il n'y a d'hypothèque conventionnelle qu'en vertu d'une convention, et le législateur veut, par des motifs d'ordre public, qu'un homme de loi rédige ces conventions. Cela nous paraît décisif au point de vue de l'esprit de la loi; et à défaut de texte, les questions d'abrogation se décident par l'esprit de la loi, c'est-à-dire par l'intention du législateur (1).

On pourrait croire que la question que nous discutons est tranchée par l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, qui abrogea le droit ancien *dans les matières qui font l'objet du code civil.* En effet, l'abrogation ne serait pas douteuse si la loi de l'an XII était applicable à la législation intermédiaire, mais les lois de la révolution ne sont pas comprises dans la disposition de l'article 7 (t. I[er], n° 27); elles restent donc sous l'empire des principes généraux qui régissent l'abrogation tacite.

437. L'article 76 (code civil, art. 2127) porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique. Si elle est constituée par acte sous seing privé, elle est nulle, à moins que l'acte n'ait été reconnu en justice ou devant notaire. La loi, il est vrai, ne pro-

(1) Comparez, en ce sens, Pont, t. II, p. 96, n° 663. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 275, note 55, § 266.

nonce pas la nullité; mais, la forme étant de la substance de l'acte, il n'était pas nécessaire d'ajouter la sanction de la nullité. Dans notre opinion, il faut dire plus, la loi ne pouvait pas déclarer nul un acte qui n'a point d'existence légale; cela implique contradiction : l'hypothèque consentie par acte sous seing privé est plus que nulle, elle est inexistante.

Il en serait de même de l'hypothèque consentie par un acte authentique nul comme tel; car un acte solennel, nul en la forme, n'a pas d'existence aux yeux de la loi (article 1339). On ne peut pas appliquer l'article 1318, aux termes duquel l'acte authentique, nul par un défaut de forme, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties, car l'acte d'hypothèque ne peut pas valoir comme écriture privée. L'hypothèque sera donc inexistante. Il a été jugé que l'hypothèque est nulle lorsque l'acte notarié est nul pour la moindre irrégularité, telle que le défaut d'indication de la demeure des témoins (1). Il faut entendre le mot *nul* dans le sens que lui donne parfois le code civil (art. 1601); l'hypothèque est inexistante, de même que la donation viciée en la forme n'a pas d'existence légale.

Si l'on admet le principe, il faut admettre toutes les conséquences qui en découlent; nous les avons déduites bien souvent. L'une des plus importantes est consacrée par l'article 1339 : la donation nulle en la forme ne peut être confirmée. Il en est de même de l'hypothèque, par identité de motifs : on ne confirme pas le néant. Pour ce qui regarde l'hypothèque, la confirmation n'aurait pas de raison d'être. La confirmation rétroagit, en principe, mais sans préjudice du droit des tiers; or, l'hypothèque n'a d'effet qu'à l'égard des tiers; vainement donc la confirmerait-on, elle n'aurait d'effet qu'à partir de l'acte confirmatif, en supposant que cet acte réunisse les conditions prescrites par la loi. C'est sans doute pour cette raison que les parties intéressées n'ont jamais essayé de confirmer une hypothèque nulle en la forme; du moins nous n'en avons pas rencontré d'exemple dans la jurisprudence.

(1) Bruxelles, 28 mars 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 122).

§ III. *Conséquences de la solennité des hypothèques.*

438. Du principe que l'hypothèque est un contrat solennel découlent des conséquences très-importantes en ce qui concerne la validité ou l'existence de l'hypothèque. Il faut avant tout déterminer le vrai sens du principe. Quand un contrat est solennel, tous les éléments de ce contrat doivent être constatés dans la forme authentique. Cela résulte du texte de la loi. L'article 76 (code civil, art. 2127) dit que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte authentique, c'est-à-dire *contractée;* donc tout ce qui constitue le contrat d'hypothèque doit être constaté authentiquement. Nous disons le *contrat d'hypothèque.* Il ne faut pas confondre le contrat qui établit l'hypothèque avec le contrat qui établit l'obligation principale (n° 423); les deux conventions peuvent être séparées, c'est-à-dire que les parties peuvent dresser des actes distincts, l'un pour se procurer une preuve littérale de l'obligation qu'elles ont contractée, l'autre pour constituer l'hypothèque; le premier peut être dressé par acte sous seing privé, le second doit être authentique (1).

Il y a cependant un élément de l'obligation principale qui doit être mentionné dans le contrat d'hypothèque, c'est le montant pécuniaire de la créance; cette mention est relative à une condition essentielle de l'hypothèque, la spécialité (art. 80; code civil, art. 2132). Mais il importe de déterminer la portée de cette restriction. On peut donner hypothèque pour sûreté d'une obligation indéterminée, telle que celle des dommages-intérêts non liquidés. La liquidation se fait, et les parties la constatent dans un acte sous seing privé : l'hypothèque sera-t-elle valable? Oui, et sans doute aucun; il est satisfait au principe de spécialité, par cela seul que l'acte indique la somme pour la garantie de laquelle l'hypothèque est constituée; c'est là tout ce qui intéresse les tiers, car le créancier n'aura point de droit de

(1) Persil, t. I, p. 435, art. 2127, n° 7, et tous les auteurs. Gand, 17 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 420).

préférence au delà de la somme portée à l'acte et inscrite, alors même que l'évaluation des dommages-intérêts porterait sa créance à un chiffre plus élevé; par conséquent, l'acte d'hypothèque est complet en ce qui concerne la spécialité de la créance (1).

439. La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Par acte authentique, un banquier s'obligea, à titre d'ouverture de crédit, de tenir à la disposition des crédités une somme de 100,000 francs, avec stipulation que la réalisation du crédit aurait lieu par la remise successive de sommes diverses, jusqu'à concurrence de 100,000 francs, et qu'à cet effet il serait ouvert un crédit spécial. Par le même acte, les crédités consentirent une hypothèque jusqu'à concurrence de 100,000 francs. La cour d'appel décida que le contrat d'hypothèque devait être combiné avec un écrit sous seing privé antérieur qui contenait l'ensemble des conventions arrêtées entre les parties et qui déterminait les conditions et les causes du crédit; l'acte d'hypothèque n'était que la réalisation de ces conventions. En procédant ainsi, la cour arriva à étendre l'hypothèque au compte courant, qui comprenait, outre le crédit de 100,000 francs, une somme de 250,000 francs, pour laquelle les crédités donnaient en garantie les fers et fontes provenant de l'usine qu'ils exploitaient; cette exploitation formait la cause du crédit total de 350,000 francs. C'était déterminer l'étendue et les effets de l'hypothèque, en ce qui concerne la créance, d'après les clauses d'un acte sous seing privé antérieur et, partant, violer l'article 2127, qui veut que la convention et tous ses éléments, notamment la somme, soient authentiquement constatés. En conséquence, l'arrêt a été cassé (2).

440. Sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais il y a un profond dissentiment sur un autre élément du contrat d'hypothèque, le consentement du créancier : doit-il être donné dans la forme authentique, comme le consentement du débiteur? L'article 76 s'explique spécialement sur

(1) Martou, *Commentaire*, t. III, p. 88, n° 983.
(2) Cassation, 1er décembre 1852 (Dalloz, 1852, 1, 275). Comparez Martou, t. III, p. 86, n° 982 *bis;* Pont, t. II, p. 91, n° 656.

le consentement de celui qui constitue l'hypothèque ; le § 1er porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte authentique ; or, c'est du débiteur que l'on dit qu'il *consent* l'hypothèque ; quand il n'est pas présent, il doit se faire représenter par un mandataire spécial ; ce qui ne peut se faire, d'après le § 2, que par une procuration authentique. Comme on s'est prévalu du texte de la loi pour en induire que le consentement du créancier ne doit pas être donné dans la forme authentique, il faut, avant tout, déterminer la signification exacte de l'article 76 (code civil, art. 2127). Il est la suite et l'application de la définition que la loi donne de l'hypothèque conventionnelle. Aux termes de l'article 44 (code civil, art. 2117), cette hypothèque dépend des *conventions* et de la *forme extérieure* des actes et contrats ; c'est dire que l'hypothèque conventionnelle n'existe que si la convention qui l'établit a été reçue dans les formes prescrites par la loi ; l'article 76 (code civil, art. 2127) détermine ces formes. La combinaison de ces deux dispositions prouve que le mot *consentir*, dont la loi se sert dans l'article 76, est synonyme de *contracter* ; la loi n'entend pas décider la question de savoir comment le débiteur doit manifester son consentement, elle décide une question plus générale, celle des formes qui doivent être observées pour que l'hypothèque existe : ce sont les formes de l'acte authentique ou notarié.

Quant au second alinéa, il est spécial au débiteur qui veut constituer une hypothèque par procuration : il décide que la procuration doit être authentique. Pourquoi la loi s'occupe-t-elle particulièrement du débiteur? est-ce parce que le débiteur seul doit consentir dans une forme authentique? Non, car le § 1er décide implicitement le contraire, comme nous venons de le dire, et nous y reviendrons pour compléter notre démonstration. Si le § 2 ne parle que de la procuration à l'effet de constituer hypothèque, c'est que cette question était très-controversée sous l'empire du code civil ; le législateur n'établit donc pas un principe général, il tranche une controverse, et il le fait par des motifs généraux applicables à toutes les parties qui interviennent dans le contrat d'hypothèque ; la solennité de l'acte implique

la solennité du consentement, donc le consentement doit être exprimé dans la forme authentique. Or, il est admis généralement (n° 424) que le créancier doit consentir aussi bien que le débiteur. Cela décide notre question. Le consentement est un élément essentiel du contrat d'hypothèque; si l'authenticité est de la substance du contrat, elle est par cela même de la substance du consentement (n° 430).

441. Le principe tel que nous venons de le formuler est controversé; il faut donc nous y arrêter. Il a été consacré par un excellent arrêt de la cour de cassation de Belgique. La cour commence par établir que le contrat d'hypothèque ne se forme que par le concours de volontés du débiteur qui constitue l'hypothèque et du créancier qui la stipule. Ce principe suffit pour décider la question; le contrat étant solennel, le consentement doit être exprimé dans la forme authentique, sinon il est censé ne pas exister. Cela est vrai du consentement de celui qui stipule, aussi bien que du consentement de celui qui promet. La cour de cassation dit ensuite que sous l'empire du code civil il existait une divergence d'opinions sur le point de savoir si le créancier qui n'est pas intervenu dans l'acte constitutif de l'hypothèque doit manifester son consentement, c'est-à-dire accepter dans la forme authentique, ou s'il peut le faire d'après le droit commun, soit par un acte sous seing privé, soit tacitement. C'est cette dernière opinion qui prévalait dans la doctrine et dans la jurisprudence. La commission spéciale s'est prononcée pour l'opinion contraire; nous transcrivons le passage du rapport que la cour de cassation reproduit également dans son arrêt. Voici en quels termes la commission pose la question; ils sont importants, car la solution n'est pas absolue, elle ne s'applique qu'à l'espèce que le rapport prévoit : « Quels sont les effets des actes notariés dans lesquels l'*emprunteur* comparaît *seul*, pour *déclarer qu'il a reçu telle somme à titre de prêt d'un tel, et qu'il constitue tel bien en hypothèque?* » La commission répond : « En ce qui concerne le prêt, l'acte a toute la force d'un aveu extrajudiciaire. Quoique fait hors de la présence du créancier, il pourra, d'après les circonstances, être considéré

comme une preuve complète, sans que cette preuve soit subordonnée à l'acceptation du créancier. Mais en ce qui concerne l'hypothèque, l'aveu même authentique d'une hypothèque est inopérant, puisque l'hypothèque doit être *constituée* par acte authentique, et comme acte constitutif d'hypothèque, l'acte est *nul* et ne pourrait recevoir son *existence* que par suite de l'acceptation constatée authentiquement du créancier. » Le rapport ajoute : « La commission pense qu'en consignant ici les observations qui précèdent et qui résultent de *principes de droit incontestables*, elle peut s'abstenir de modifier, sous ce rapport, l'article 2127 » (devenu l'article 76 de la loi hypothécaire) (1).

La cour de cassation admet cette doctrine comme interprétation officielle de la loi : « Ce rapport a été annexé par le gouvernement à l'exposé des motifs du projet de loi hypothécaire, et le passage susmentionné n'a pas donné lieu à la moindre discussion, ni à la chambre des représentants ni au sénat; il doit dès lors être considéré comme le véritable esprit de l'article 76, lequel a remplacé l'article 2127 du code civil (2). »

Nous n'oserions pas admettre cette décision comme un principe; et la cour de cassation elle-même a jugé le contraire dans une question hypothécaire sur laquelle il y avait plus qu'un rapport de la commission, il y avait une déclaration du ministre de la justice, il y avait une décision de la chambre; néanmoins la cour n'a tenu aucun compte des travaux préparatoires, à tel point qu'elle ne les a pas même mentionnés pour les combattre (voyez plus haut, n° 240). Dans cette dernière espèce, il nous a semblé que la cour aurait dû s'en tenir à la décision de la chambre et aux motifs exposés dans la discussion. Dans l'espèce actuelle, nous acceptons l'arrêt; mais nous aurions préféré que la cour le motivât sur les *principes incontestables* que la commission invoque, sans les développer. Ces principes sont au fond les nôtres; car la commission dit que l'hypothèque

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 39).
(2) Cassation, 29 mai 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 212).

conventionnelle exige un concours de volontés, et elle veut que l'acceptation du créancier soit donnée dans la forme authentique, parce que l'hypothèque doit être *constituée* dans cette forme, et elle ajoute que l'hypothèque n'*existera* que par l'acceptation authentique que le créancier fera de la constitution, ce qui implique que les formes sont requises pour l'*existence* de l'acte, et par conséquent que le contrat d'hypothèque est un acte solennel.

Mais si tels sont les *principes* que la commission entendait consacrer, pourquoi ne les a-t-elle pas formulés dans la loi, comme elle l'a fait pour l'authenticité de la procuration? Elle l'a jugé inutile, parce que les principes lui paraissaient *incontestables*; en réalité, ils sont si peu incontestables que tout, en cette matière, est sujet à controverse, et, malgré le rapport de la commission, la controverse subsiste. Le silence des deux chambres que la cour de cassation invoque n'est rien moins que concluant; les chambres ne délibèrent pas sur des *opinions* émises dans les rapports; elles délibèrent sur les *propositions* qui leur sont soumises, et dans l'espèce, elles n'ont été saisies d'aucune proposition : les décisions de la commission n'ont donc qu'une autorité doctrinale; on l'a répudiée dans la question que nous discutons, et nous-mêmes nous n'acceptons point l'opinion que la commission énonce sur les autres points qui sont toujours controversés dans la même matière. Il eût été si facile de prévenir ces incertitudes qui touchent à des actes journaliers de la vie civile!

Nous avons dû faire ces réserves, parce qu'on aurait pu nous opposer le rapport de la commission comme une autorité légale, alors qu'il n'a qu'une autorité de raison. Si nous approuvons la décision de la cour de cassation, c'est qu'elle est réellement, à notre avis, fondée sur des principes que nous croyons incontestables, mais qui malheureusement sont contestés, et par la doctrine et par la jurisprudence.

442. La cour de cassation de France a porté un arrêt en sens contraire dans une espèce identique à celle qui a été jugée par la cour de cassation de Belgique. Il s'agissait de la reconnaissance pure et simple d'une dette, avec

affectation hypothécaire. La cour pose en principe que cette reconnaissance peut constituer un engagement unilatéral et être régulièrement faite par le débiteur seul. Nous avons déjà critiqué ce prétendu principe. Qu'importe que l'affectation hypothécaire soit un engagement unilatéral? Est-ce que les contrats unilatéraux n'exigent pas le concours de volontés des deux parties intéressées? La cour ajoute qu'aucune disposition de la loi n'oblige le créancier en faveur de qui a été passée la reconnaissance avec hypothèque et qui veut en profiter, d'en accepter l'effet par un acte notarié. Ici est la vraie difficulté; la cour reconnaît implicitement que le créancier doit accepter s'il veut profiter de l'hypothèque; mieux valait dire, comme l'a fait notre cour de cassation, que le contrat d'hypothèque ne se forme que par le concours de consentement du débiteur et du créancier. L'acceptation du créancier doit-elle se faire par acte authentique? Telle est la question. Il n'y a pas de loi, dit la cour, qui l'exige. « L'article 2127 (loi hyp., art. 76), invoqué par le pourvoi, est muet à cet égard. » Nous répondons que cet article ne doit pas être isolé de l'article 2117 (loi hyp., art. 44). La définition de l'hypothèque conventionnelle prouve que le contrat qui la constitue est un contrat solennel; l'article 2127 (loi hyp., art. 76) dit en quoi consiste la solennité : l'hypothèque ne peut être consentie que par acte authentique, c'est-à-dire qu'il faut la forme authentique pour qu'il y ait une hypothèque, puisque, aux termes de l'article 2117, l'hypothèque conventionnelle *dépend* de la *forme* des actes. Or, si l'hypothèque est un contrat solennel, le consentement du créancier doit être authentique aussi bien que celui du débiteur. C'est précisément ce que dit l'article 932 pour un autre contrat solennel, la donation. La cour de cassation l'écarte en disant que cette disposition ne s'applique qu'à la donation entre-vifs (1). Le texte, oui; mais le principe que le texte consacre s'applique à tous les contrats solennels; ce principe est élémentaire, c'est que, dans ces contrats, le consente-

(1) Rejet, 5 août 1839 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1260).

ment n'existe que lorsqu'il est exprimé dans la forme authentique.

La jurisprudence des cours d'appel est conforme à l'arrêt que nous venons de rapporter; la décision de la cour de Toulouse que nous avons citée est isolée (n° 426). On admet généralement que l'acceptation du créancier peut être tacite, et on induit ce consentement tacite de l'inscription que le créancier requiert au bureau de conservation. Voici l'étrange conséquence que la cour de Paris déduit de ces principes. Dans l'espèce, l'inscription avait été prise par un tiers. Peu importe, dit la cour, le tiers doit être considéré comme ayant agi au nom des bénéficiaires de l'hypothèque, en qualité de *negotiorum gestor*. Ainsi il suffit que l'hypothèque soit inscrite sans le consentement du créancier pour qu'il soit censé consentir! Que dirait le président Favre d'une pareille doctrine? Il crierait certes à la monstruosité. La cour ajoute que l'acte du tiers, loin d'avoir été désavoué, a été ratifié par la production du créancier à l'ordre (1). Ceci soulève une nouvelle difficulté : la ratification rétroagit-elle, dans l'espèce? La cour ne répond pas à la question; nous y reviendrons.

443. Les cours de Belgique se sont prononcées dans le même sens. Il y a plusieurs arrêts de la cour de Liége sur notre question, antérieurs à l'arrêt de notre cour de cassation. Le premier méconnaît les notions les plus élémentaires de droit. Il s'agissait de la reconnaissance d'un prêt antérieur avec affectation hypothécaire. « L'acte, dit l'arrêt, ne constate donc pas, entre deux personnes présentes, la proposition et l'acceptation d'un prêt actuel, pouvant présenter l'*apparence d'un contrat synallagmatique* et nécessiter pour sa formation, selon les circonstances et la nature des stipulations, le concours simultané de la volonté des deux parties ». Qu'est-ce à dire? On doit se le demander, car la rédaction est si mauvaise, que la pensée de la cour est inintelligible. Est-ce qu'un *prêt* est un contrat *synallagmatique?* et les *contrats synallagmatiques* exigent-ils le *con-*

(1) Paris, 22 avril 1835 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1260, 1°). La cour de Gand dit la même chose dans l'arrêt du 11 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 212) qui a été cassé (n° 441).

cours simultané du consentement des parties? Autant de propositions, autant d'hérésies. Dans l'espèce, le contrat était unilatéral : qu'est-ce que la cour en conclut? Qu'il suffit, *pour en établir la preuve,* d'un titre émané du débiteur, soit dans la forme de l'article 1326, si l'écrit est sous seing privé, soit dans la forme authentique. S'agissait-il d'une question de *preuve,* dans l'espèce? Est-ce que par hasard l'hypothèque se prouve par un acte sous seing privé? La forme authentique n'est-elle pas de la substance de l'acte? La cour répond que l'hypothèque est un accessoire de l'obligation principale et qu'elle en doit suivre le sort, « pour autant que les formalités et les conditions requises pour sa validité aient été observées. » Qu'est-ce que le caractère *accessoire* de l'hypothèque a à faire ici? L'hypothèque est un contrat solennel, tandis que le prêt est un contrat non solennel; quand il s'agit de la validité de l'hypothèque ou de son existence, il faut donc que les formes soient observées, sans que l'on doive tenir compte du contrat principal. Quelles sont ces conditions et ces formes? La cour de Liége cite les articles 2127 et 2129 (loi hyp., art. 78 et 80), relatifs à la spécialité de l'hypothèque. Nous demandons de nouveau : Qu'est-ce que la spécialité a de commun avec la forme de l'acte? « Si, continue la cour, l'acceptation du créancier est même nécessaire, le législateur n'a déterminé ni l'époque ni la forme de cette acceptation. » L'arrêt est si mal rédigé, que l'on se demande si, dans la pensée de la cour, l'acceptation du créancier est nécessaire ou si elle ne l'est point. On ne le sait. En tout cas, la cour se contente d'une acceptation qui soit certaine et dûment établie, et elle écarte l'article 932 comme étant spécial aux donations. Toujours la même confusion : il ne s'agit pas de *prouver* l'acceptation, il s'agit de savoir si la convention et, par conséquent, l'acceptation sont solennelles. Enfin la cour dit que les effets de l'acceptation remontent au jour du titre (1). C'est une nouvelle confusion. La confirmation rétroagit, sauf les droits des tiers; mais où est-il dit que le *consentement* rétroagisse, et qui a jamais songé à le prétendre?

(1) Liége, 19 janvier 1856 (*Pasicrisie*. 1857, 2, 350).

Dans le second arrêt rendu par la cour de Liége, il s'agissait de savoir si la procuration que le créancier donne pour l'acceptation doit être authentique. La cour s'est prononcée pour la négative, par la raison que l'article 76 n'exige l'authenticité de la procuration que pour la constitution de l'hypothèque, c'est-à-dire de la part de celui qui la crée ou la concède, et non de la part de celui qui l'accepte ou la reçoit (1). On trouve la même décision, fondée sur le même argument, dans un arrêt de la cour de Gand (2). Les deux cours ont-elles bien réfléchi aux conséquences étranges qui résultent de cette interprétation de l'article 76? Si cet article exige une procuration authentique de la part du débiteur qui consent l'hypothèque, par dérogation à la loi qui admet le mandat donné sous seing privé, et même par lettre, c'est parce que l'hypothèque est un acte solennel, et que dans un contrat solennel tous les éléments de la convention doivent être authentiquement constatés; il y a donc un motif identique pour exiger l'authenticité pour le consentement du créancier comme pour le consentement du débiteur. Si l'article 76 ne parle que du débiteur, c'est qu'il a pour objet de trancher une controverse. Mais il est si vrai que les auteurs de la loi n'entendaient pas décider que le consentement du créancier pouvait se donner par écrit sous seing privé, qu'ils établissent le principe tout contraire, principe sur lequel notre cour de cassation s'est fondée pour juger que l'acceptation du créancier devait être donnée dans la forme authentique (n° 441). En argumentant du silence de la loi, les cours de Liége et de Gand font dire au législateur le contraire de ce qu'il a voulu dire; ce qui arrive presque toujours dans cette espèce d'argumentation que l'on appelle *a contrario*. Si l'argumentation est mauvaise, la conséquence l'est encore plus. La cour de Liége reconnaît, dans son second arrêt, que la constitution de l'hypothèque a un caractère *solennel*. Ainsi le contrat serait solennel à l'égard de l'une des parties et non solennel à l'égard de l'autre! Voilà une distinction qui mérite de

(1) Liége, 2 août 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 402).
(2) Gand, 11 avril 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 44).

trouver place dans le catalogue des erreurs des praticiens que le président Favre a dressé. Ajoutons que la distinction est contraire au texte de la loi : l'article 76 (code civil, art. 2127) ne doit pas être isolé de l'article 44 (code civil, art. 2117), dont il est la suite; et l'article 44 dit que l'*hypothèque conventionnelle dépend* de la *forme extérieure* des actes et des contrats ; il ne dit pas que le consentement du débiteur est un acte solennel, tandis que le consentement du créancier serait un acte non solennel (1).

444. Nous avons dû nous arrêter à la jurisprudence parce qu'il s'agit d'une question pratique, et que les notaires, de même que tous les praticiens, sont disposés à s'en tenir aux décisions judiciaires ; ce qui est très-naturel quand ces décisions ne font que donner leur appui à la pratique illégale qui s'est introduite par l'usage et perpétué par une longue tradition. Nous leur conseillons de s'en tenir au principe consacré par notre cour de cassation : c'est le plus juridique, et c'est en tout cas le plus sûr. La doctrine est aussi incertaine que la jurisprudence. Nous ne connaissons qu'un seul auteur, Zachariæ (2), qui enseigne la doctrine que nous venons de soutenir contre la jurisprudence des cours de France et de Belgique, en prenant appui sur l'arrêt de notre cour de cassation. MM. Aubry et Rau ont abandonné, sur ce point, l'opinion du jurisconsulte allemand ; ils distinguent, avec la jurisprudence, entre la constitution hypothécaire et l'acceptation du créancier : celle-ci peut être faite sous seing privé, et même tacitement. Les éditeurs de Zachariæ ne motivent pas leur décision, ce qui est le côté faible de leur excellent ouvrage; ils se bornent à écarter l'article 932, qu'ils considèrent comme une disposition exceptionnelle, et ils en concluent qu'on ne saurait l'étendre à toutes les conventions pour la validité desquelles la loi exige un acte notarié (3). Cela n'est pas exact. L'article 932 n'est exceptionnel qu'en ce sens qu'il ne reçoit d'application qu'aux contrats solennels ; la question est donc de savoir si l'hypothèque est un contrat solennel ; si on la décide

(1) Il y a des jugements dans le même sens (Cloes, t. III, p. 47).
(2) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. V, p. 179, note 4, § 800.
(3) Aubry et Rau, t. III, p. 274 et suiv., et note 51, § 266.

affirmativement, il faut dire que l'authenticité est requise, non pour la *validité* de l'hypothèque, mais pour son *existence;* en tout cas, la forme authentique est prescrite pour tous les éléments de l'hypothèque, comme le prouve la définition que l'article 2117 (loi hyp., art. 44) donne de l'hypothèque conventionnelle, définition que les auteurs ainsi que la jurisprudence négligent complétement, et cependant elle décide la question. Le dernier auteur qui a écrit sur la matière en France, Pont, se borne à constater l'état de la jurisprudence (1).

443. Les interprètes de la loi belge se sont prononcés dans le même sens. Martou se contente de dire que la concession de l'hypothèque est, de la part du débiteur, une obligation unilatérale, dont la validité n'est subordonnée, ni à la présence du créancier à l'acte, ni à une acceptation ultérieure de sa part; puis il décide que le créancier manifeste suffisamment son acceptation par l'inscription de l'hypothèque (2). Comment cet esprit si judicieux ne s'est-il pas aperçu que sa doctrine est en opposition avec les principes les plus élémentaires du droit? Quoi! il s'agit d'un contrat et d'un acte solennel, et ce contrat se parfait sans que le créancier soit présent à l'acte et sans qu'il accepte ultérieurement? Il y aurait donc un contrat sans consentement, car le consentement n'est pas autre chose que le concours de deux volontés. S'il en est ainsi, que vient-on parler d'une acceptation tacite?

M. Cloes critique l'arrêt de notre cour de cassation; il lui semble impossible que cette décision soit destinée à fixer la jurisprudence. Nous avons aussi fait quelques réserves sur les motifs de l'arrêt; M. Cloes a raison de dire que les opinions énoncées dans le rapport d'une commission ne doivent pas être identifiées avec la loi. Cela prouve que la commission a eu tort de ne pas formuler en article de loi la doctrine qu'elle croyait fondée sur des principes incontestables. Mais cela ne prouve pas que ces principes soient faux. Nous croyons en avoir démontré l'exactitude.

(1) Pont, *Des priviléges et hypothèques*, t. II, p. 93, n° 659.
(2) Martou, t. III, p. 87, n° 982 *ter*.

Ce que l'honorable conseiller de la cour de Liége objecte, dans son commentaire, nous paraît d'une faiblesse extrême. Après avoir transcrit le passage du rapport que nous avons cité (n° 441), le commentateur ajoute qu'à son avis la solution de la difficulté dépend du point de savoir si la constitution de l'hypothèque est un contrat synallagmatique ou un contrat unilatéral, et comme il est certain que le contrat d'hypothèque est unilatéral, il en faudrait conclure que l'acceptation du créancier n'est pas nécessaire; partant, il ne saurait être question d'une acceptation authentique. Toutefois l'auteur n'admet pas les conséquences de son principe; il devrait rejeter toute acceptation, et il se contente d'une acceptation tacite. On est étonné de voir cette erreur, déjà signalée par le président Favre, se reproduire sans cesse, même après l'arrêt de notre cour de cassation, qui établit si nettement le vrai principe. Et, sur ce point, l'autorité de la commission spéciale est également décisive, car c'est l'autorité du bon sens : peut-il y avoir une hypothèque conventionnelle sans convention, et la convention n'est-elle pas de son essence un concours de volontés? Le magistrat liégeois finit par tomber dans la même contradiction que nous avons reprochée à Martou. Après avoir dit qu'une acceptation du créancier n'est pas nécessaire, il se rallie à l'opinion des auteurs français, qui se contentent d'un consentement tacite (1) : qu'est-ce donc que le consentement tacite, sinon une acceptation?

M. Arntz semble se rapprocher de notre opinion; il dit très-bien que l'hypothèque conventionnelle est celle qui est constituée par le libre consentement des parties; elle est régie par les principes généraux sur les conventions; elle doit donc être *acceptée* par le créancier, soit en personne, soit par son mandataire ou gérant d'affaires. Comment doit se faire l'acceptation? M. Arntz répond, comme nous, que l'hypothèque doit être acceptée par acte authentique et qu'elle ne peut produire d'effet qu'après la constatation de l'acceptation en cette forme. Mais il ajoute que l'acceptation du créancier peut se faire tacitement par l'inscrip-

(1) Cloes, t. III, p. 47, n° 72; p. 43, n° 70, et p. 45, n° 71.

tion (1). C'est sur ce dernier point que nous sommes en dissidence. Dans notre opinion, l'acceptation dans la forme authentique n'est pas une question de *preuve*. Le contrat d'hypothèque est un contrat solennel; il *dépend*, comme le dit l'article 44 (code civil, art. 2117), de la forme extérieure des actes. Donc la forme est de la substance de l'acte, et cette forme, c'est un acte notarié; partant, il faut ou une procuration authentique ou une acceptation par-devant notaire. L'inscription, en tout cas, ne peut valoir comme acceptation, car l'inscription suppose que l'hypothèque existe, par conséquent, qu'elle est acceptée.

§ IV. *Application du principe.*

446. La loi hypothécaire exige le consentement authentique du débiteur qui constitue l'hypothèque, et, comme conséquence, l'authenticité de la procuration que le débiteur donne à l'effet de constituer hypothèque. Il a été jugé, par application de cette disposition, que l'hypothèque ne peut pas être consentie en vertu d'une délibération d'une société qui autorise le gérant à contracter un prêt hypothécaire, à moins que la délibération ne soit constatée par un acte notarié. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute, car l'acte social portait que l'assemblée générale des actionnaires avait seule le droit de décréter des emprunts, et l'interdiction d'emprunter emportait l'interdiction de consentir une hypothèque pour sûreté de l'emprunt; la délibération qui autorisait l'emprunt était donc une procuration, dans le sens de l'article 76, et, partant, soumise à la forme de l'authenticité (2). Il peut résulter de là des embarras pour les sociétés, mais le principe n'est pas douteux.

447. Si l'hypothèque est consentie en vertu d'une procuration sous seing privé, l'acte est nul, et, par conséquent, il n'y a pas d'hypothèque. On demande si le mandant pourrait confirmer l'hypothèque par un acte authentique? Dans

(1) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 728, n° 1789, et p. 734, n° 1807.

(2) Jugement du tribunal de Liége, du 9 août 1865, confirmé en appel (Cloes, t. III, p. 48, n° 76).

notre opinion, la négative est certaine. Le contrat d'hypothèque étant solennel, l'authenticité est de l'essence de l'acte; si l'acte est nul en la forme, l'hypothèque est plus que nulle, elle est inexistante, c'est le néant, et le néant ne se confirme pas. La doctrine et la jurisprudence sont contraires (1); elles n'admettent pas le principe de la solennité du contrat d'hypothèque, et, d'autre part, les principes qui régissent les actes inexistants ne sont pas encore entrés dans la pratique judiciaire. Mais, tout en admettant la confirmation, on décide qu'elle ne porte aucun préjudice aux hypothèques acquises avant la confirmation; en effet, la confirmation ne rétroagit pas au préjudice des tiers (article 1338).

448. Il arrive assez souvent que le notaire accepte pour le créancier absent. C'est une vieille pratique notariale, déjà constatée par un acte de notoriété du Châtelet de Paris en date du 8 mai 1716. On demande si l'acceptation est valable. Il y a une question préalable : l'acte authentique n'est-il pas vicié quand le notaire y intervient au nom du créancier? L'affirmative nous paraît certaine (2). En effet, la loi de ventôse prononce la nullité des actes dans lesquels le notaire est tout ensemble officier public et partie (art. 8 et 68); or, le notaire qui accepte pour le créancier agit ou comme mandataire ou comme gérant d'affaires; dans l'un et l'autre cas, il est partie, car il stipule. On objecte que l'intervention du notaire doit être considérée comme un acte surabondant, puisqu'il s'agit d'un engagement unilatéral qui peut être régulièrement fait par le débiteur seul (3). L'objection repose sur un principe que nous n'admettons pas, et qu'en réalité personne n'admet, puisque, de l'avis de tout le monde, il doit y avoir une acceptation au moins tacite. On fait encore d'autres distinctions pour concilier les divers arrêts rendus sur la question (4);

(1) Martou, t. III, p. 89, n° 985. Rejet, chambre civile, 7 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 49)

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 275, et note 52, § 266.

(3) Pont, t. II, p. 93, n° 659. Chambéry, 20 janvier 1872 (Dalloz, 1873, 2, 146).

(4) Cloes, t. III, p. 48, nos 273 et 274. Comparez Rejet, chambre civile, 8 août 1847 (Dalloz, 1847, 1, 305); Cassation, 4 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 401).

nous croyons inutile d'entrer dans ce débat; quand même le notaire n'interviendrait que pour accepter, cette intervention vicierait l'acte et, par suite, annulerait l'hypothèque.

449. Si l'on admet que l'acte puisse valoir comme authentique, alors même que le notaire accepte pour le créancier absent, une nouvelle difficulté s'élève : l'acceptation et, par suite, l'hypothèque seront-elles valables? La question se présente dans d'autres hypothèses; pour éviter la nullité de l'acte, le notaire fait intervenir son clerc, ou un tiers. Il s'agit donc de savoir si l'acceptation faite dans l'acte, au nom du créancier, valide l'acte. A notre avis, non, et la décision n'est pas même douteuse dans l'opinion que nous avons enseignée sur le caractère de l'hypothèque conventionnelle. Si le contrat est solennel, le consentement des deux parties doit être exprimé dans la forme authentique; donc par le créancier et le débiteur en présence du notaire, sauf aux parties à se faire représenter par des mandataires; mais, dans ce cas, la procuration doit être authentique, sans distinguer si elle émane du créancier ou du débiteur.

On enseigne cependant le contraire : l'hypothèque, dit-on, peut être valablement acceptée, au nom du créancier, par un tiers agissant sans mandat exprès (1). C'est une conséquence de la distinction que font les auteurs entre la constitution de l'hypothèque par le débiteur et son acceptation par le créancier; la première est un acte solennel, la seconde reste dans les termes du droit commun. A notre avis, cette distinction est fausse; elle divise ce qui est essentiellement indivisible, la nature de l'acte; et elle est contraire à la définition que la loi donne de l'hypothèque conventionnelle; l'article 2117 (loi hyp., art. 44) ne dit pas que l'hypothèque dépend de la forme extérieure de l'acte en ce qui concerne le débiteur; il dispose, en termes absolus, que l'existence de l'hypothèque est attachée à l'observation des formes légales. Ce qui est vrai du débiteur est par cela même vrai du créancier. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Liége; le seul motif qu'elle allègue, c'est

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 275, § 266.

l'opinion émise par la commission spéciale qui a préparé le projet de loi sur le régime hypothécaire; fondement peu solide, comme nous le dirons plus loin (1).

450. L'acceptation par un tiers, au nom du créancier, mais sans mandat, doit être ratifiée par le créancier pour qu'il y ait consentement. Cette ratification donne lieu à de nouvelles difficultés. On demande d'abord si elle doit se faire dans la forme authentique. Quand il s'agit du débiteur au nom duquel un tiers a concédé l'hypothèque, il est certain qu'il doit ratifier par acte notarié, car son consentement est un acte solennel; et c'est seulement en ratifiant qu'il consent. En est-il de même de la ratification du créancier? Dans notre opinion, oui, puisque l'acte est solennel à son égard, aussi bien qu'à l'égard du débiteur. Dans l'opinion contraire, non, puisque le consentement du créancier reste soumis au droit commun.

Il y a une seconde difficulté : quel sera l'effet de la ratification? Supposons d'abord qu'il s'agisse d'une hypothèque constituée, au nom du débiteur, par un tiers sans mandat. Le débiteur ratifie par acte authentique. Cette ratification rétroagira-t-elle? Dans notre opinion, non, car l'hypothèque n'existe que par le concours de volontés authentiquement constaté; or, le consentement dans les actes solennels est censé ne pas exister tant qu'il n'a pas été donné dans la forme légale; donc c'est seulement lors de la ratification que le consentement du débiteur existe; partant, il n'y a d'hypothèque qu'à partir de la ratification. Vainement oppose-t-on le principe que la ratification équivaut au mandat et que, par suite, elle rétroagit. Cela est très-douteux. à notre avis, même dans les contrats non solennels (t. XXVIII, n[os] 74 et 75); en tout cas, cela n'est pas vrai dans les contrats qui n'existent que lorsque le consentement a été exprimé dans une forme authentique (2). Cette doctrine est admise, même dans l'opinion contraire, par MM. Aubry et Rau : conséquents à leur doctrine, ils considèrent la constitution de l'hypothèque par le débiteur

(1) Liége, 25 janvier 1877 (*Pasicrisie*, 1877, 2, 264).
(2) Comparez ce qui a été dit sur les donations, t. XII, n° 241.

comme un acte solennel; il en résulte logiquement que le consentement du débiteur et, partant, l'efficacité du contrat sont subordonnés à l'authenticité de l'acte par lequel le débiteur consent; donc, dans l'espèce, le consentement du débiteur n'existe qu'en vertu de l'acte authentique de ratification; ce qui exclut toute rétroactivité, la solennité ne pouvant pas rétroagir. L'opinion des éditeurs de Zachariæ est isolée; on admet plus généralement que la ratification rétroagit, ce qui tient à l'idée inexacte que l'on se fait du contrat d'hypothèque (1).

Quant à la ratification du créancier, il va de soi que, dans notre opinion, elle est régie absolument par le même principe que celle du débiteur. Le contrat d'hypothèque n'est pas solennel à demi : il est solennel ou il ne l'est pas. S'il est solennel, il l'est pour les deux parties contractantes; donc, à l'égard du débiteur, comme à l'égard du créancier, l'acceptation ratifiée n'existe qu'à partir de la ratification; d'où suit que jusque-là il n'y a ni consentement ni contrat. Et la rétroactivité de la ratification n'est pas plus possible pour le créancier que pour le débiteur; la rétroactivité d'une solennité n'a pas de sens.

451. Sur ce dernier point, la commission spéciale a énoncé une opinion contraire; elle admet la validité de l'hypothèque acceptée par un tiers sans mandat, pourvu qu'il y ait ratification; et elle le décide ainsi par application des principes généraux qui permettent de se porter fort pour un tiers, et de stipuler au nom d'un tiers comme gérant d'affaires; mais la ratification n'aura pas d'effet au

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 262, note 6, § 266. En sens contraire, Pont, t. V, p. 60, n° 626, et la jurisprudence citée en note. Il faut ajouter un arrêt de cassation du 13 décembre 1875 (Dalloz, 1876, 1, 97). La cour pose en principe que l'hypothèque est valablement constituée et que, par application du principe de rétroactivité de la ratification à l'acte ratifié, l'inscription prise en vertu de l'acte d'hypothèque produit son effet du jour de sa date, à l'égard des créanciers qui n'avaient pas pris d'inscription valable avant la ratification. Nous croyons que la cour de Besançon avait mieux jugé, en décidant que l'hypothèque consentie sans mandat n'existe qu'au moment de la ratification, que c'est donc la ratification qui donne à l'hypothèque son existence légale. La cour en conclut qu'elle doit se faire par acte authentique et qu'elle doit être inscrite pour prendre rang à partir de cette inscription. Seulement la cour aurait dû fonder sa décision sur le caractère solennel de l'hypothèque, et contester le principe traditionnel de la rétroactivité de la ratification.

préjudice des tiers (1). C'est en tout le droit commun, tel qu'on l'enseigne généralement; tandis que, dans notre opinion, la question doit se décider par les principes qui régissent la solennité du contrat. La commission nous paraît inconséquente; elle semble admettre la solennité de l'acte dans l'hypothèse où le débiteur reconnaît une dette préexistante, en y affectant une hypothèque (n° 441). Et quand il s'agit de la ratification par le créancier d'une acceptation donnée sans mandat, la commission considère le contrat d'hypothèque comme un contrat ordinaire, soumis en tout à la loi commune. Voilà le danger des opinions émises dans un rapport, sans qu'elles soient formulées en un texte de loi; on ne les discute pas, elles restent dans le vague, et on ne sait, en définitive, quel est le principe que le législateur a entendu consacrer.

452. Nous faisons nos réserves sur une autre opinion émise par la commission spéciale. Elle suppose que l'hypothèque est stipulée accessoirement à un contrat de prêt; et elle décide que, dans ce cas, l'hypothèque existe du moment où l'action a pris naissance, avant la ratification que le créancier ferait du contrat; tandis que, si l'hypothèque est stipulée postérieurement au prêt, l'hypothèque n'existera qu'à partir de la ratification. La commission applique ce principe aux contrats de prêt passés avec constitution d'hypothèque, dans lesquels les notaires font intervenir un clerc déclarant que les fonds prêtés appartiennent à un tiers, au nom duquel il les donne en prêt et stipule hypothèque. Cette hypothèque, dit la commission, peut être immédiatement inscrite, et datera du jour de l'inscription.

Nous n'admettons pas ce prétendu principe, et nous avons répudié d'avance l'application que la commission en fait (n° 449) (2). Est-ce que le contrat d'hypothèque change de nature, selon que l'hypothèque est stipulée dans le même acte que l'obligation principale, ou dans un acte postérieur? Nous cherchons vainement la raison de cette distinction. L'hypothèque est toujours un droit accessoire, à

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 39).
(2) Comparez jugement du tribunal de Bruxelles du 16 février 1875 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 133).

quelque moment qu'elle soit établie, mais le caractère accessoire de l'hypothèque n'a rien de commun avec la question de savoir si l'hypothèque conventionnelle est un contrat solennel. La définition que la loi donne de l'hypothèque conventionnelle implique qu'elle n'existe que lorsqu'elle a été constituée dans les formes légales; c'est dire que l'acte est solennel d'une manière absolue. S'il en est ainsi, le contrat doit être régi par les mêmes principes, quel que soit l'acte dans lequel il est reçu, de même qu'il est solennel à l'égard des deux parties. La nature d'un acte est indivisible, elle est toujours et dans tous les cas la même; toute distinction aboutirait à un non-sens, à savoir qu'un seul et même acte est tantôt solennel et tantôt non solennel.

§ V. *De la promesse d'hypothèque.*

453. La promesse d'hypothèque est-elle valable et en quoi diffère-t-elle de la constitution d'hypothèque? Aux termes de l'article 1589, la promesse de vente vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix. Il peut aussi y avoir une promesse d'hypothèque qui équivaut au contrat par lequel le débiteur consent une hypothèque et le créancier l'accepte. Si le débiteur dit, dans un acte authentique, qu'il promet une hypothèque à son créancier sur tel immeuble, pour la garantie de telle créance, et que le créancier accepte cette promesse, il y aura, en réalité, contrat d'hypothèque; car il n'y a d'autre différence entre cette convention et la convention ordinaire par laquelle l'hypothèque est établie, sinon que les parties ou le rédacteur de l'acte ont employé le mot *promettre*; mais peu importent les termes pourvu qu'ils impliquent un consentement du débiteur. Dès qu'il y a contrat, dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi, il y a translation du droit réel, quand même les parties se serviraient du mot *promesse*. Ce cas est rare, il n'y en a pas d'exemple dans la jurisprudence, et ce n'est pas là ce que les auteurs entendent par promesse d'hypothèque.

Ils supposent que le débiteur promet, soit verbalement, soit par lettre ou autre écrit sous seing privé, à son créancier de lui donner une hypothèque. Le créancier accepte la promesse. Il est certain que cette promesse est valable, comme toute convention qui n'a rien de contraire aux bonnes mœurs ni à l'ordre public; mais l'hypothèque ne sera pas constituée dans ce cas, elle le sera seulement par le contrat que le débiteur a promis de consentir.

Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de Pau. Le créancier exprime par lettre, à son débiteur, le désir d'obtenir une hypothèque; le débiteur répond qu'il consent à l'accorder; il a été jugé que cette promesse est valable, et qu'elle donne action au créancier contre le débiteur pour le contraindre à l'exécuter (1). Nous dirons plus loin quel est l'effet de cette action. On voit que la différence est grande entre la promesse d'hypothèque ainsi formulée et le contrat d'hypothèque. Le contrat d'hypothèque est un acte solennel; il n'existe que s'il est reçu dans la forme authentique, et l'hypothèque ne sera valable que si elle est spécialisée quant aux biens et quant à la créance. Il en est tout autrement de la promesse d'hypothèque; c'est une convention non solennelle qui reste dans les termes du droit commun; elle ne doit pas être dressée par acte authentique, il n'est pas même nécessaire qu'il y ait un acte, car l'écrit ne sert que de preuve. La condition de spécialité ne doit pas être observée, car il ne s'agit pas encore de constituer l'hypothèque, les parties conviennent seulement de former un contrat d'hypothèque; c'est dans cet acte qu'elles observeront la condition de spécialité prescrite par la loi.

454. Quels sont les effets de la promesse d'hypothèque? C'est une obligation de faire, régie par le droit commun. Le débiteur la remplit en se présentant devant le notaire et en déclarant qu'il constitue une hypothèque sur tel immeuble pour la garantie de telle créance. Sous ce rapport il y a une différence entre la promesse d'hypothèque et la promesse unilatérale de vente : celle-ci devient une vente par le con-

(1) Pau, 16 juillet 1852 (Dalloz, 1854, 2, 205). Comparez Rejet, 5 novembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 301).

sentement que donne celui au profit duquel la promesse est faite de vouloir acheter ou vendre. Ce consentement ne suffit point pour que la promesse d'hypothèque soit réalisée; pour mieux dire, le créancier a accepté la promesse, il a consenti à la constitution d'hypothèque; ce qui manque pour que l'hypothèque existe, c'est un acte authentique, dans lequel les deux parties expriment leur consentement dans la forme solennelle et sous la condition de spécialité exigée par la loi.

Si le débiteur refuse de passer acte, le créancier aura une action contre lui pour le faire condamner à constituer l'hypothèque. Mais c'est une condamnation à faire; or, personne ne peut être contraint à faire; si le débiteur ne veut pas exécuter sa promesse, il ne reste au créancier qu'à réclamer des dommages-intérêts. Tel est le droit commun. Si la promesse d'hypothèque avait accompagné l'obligation principale, le créancier pourrait demander le remboursement de la créance, c'est-à-dire la résolution du contrat, la constitution de l'hypothèque étant la condition sous laquelle il a consenti à traiter. La loi donne cette action au créancier quand le débiteur diminue les sûretés qu'il avait données pour l'acquittement de sa dette; à plus forte raison doit-il l'avoir si le débiteur ne fournit pas les sûretés qu'il avait promises (art. 79; code civil, art. 2131) (1).

455. La jurisprudence française donne un effet plus considérable à la promesse d'hypothèque. D'après le code Napoléon, tout jugement donnait au créancier une hypothèque sur les biens présents et à venir du débiteur (article 2123). Par suite, le jugement que le créancier obtenait contre son débiteur, sur le refus de celui-ci de consentir une hypothèque conventionnelle, emportait l'hypothèque judiciaire (2). Il n'en peut plus être de même sous l'empire de notre loi, qui n'admet plus l'hypothèque judiciaire; mais ne peut-on pas dire que le jugement qui condamnera le débiteur à remplir la promesse d'hypothèque tiendra lieu de contrat? On l'a soutenu, en invoquant le principe que nous contractons en justice et que le jugement tient lieu d'acte

(1) Comparez Martou, t. II, p. 322, n° 704.
(2) Aubry et Rau, t. III, p. 275, note 54, § 266. Rejet, 20 avril 1825 Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1151).

notarié (1). Le principe est très-vrai, mais il ne reçoit pas d'application aux actes solennels, tels que l'hypothèque. Il faut, pour l'existence même de l'hypothèque, que les parties donnent leur consentement dans un acte notarié; donc le contrat qui intervient en justice ne peut pas engendrer d'hypothèque. La question a été décidée en ce sens lors de la discussion du projet de loi au sein de la chambre des représentants. M. Jullien formulait la difficulté en ces termes. Le débiteur s'engage à donner hypothèque sur des biens déterminés : le créancier pourra-t-il poursuivre l'exécution de cette promesse, et le jugement qui interviendra confère-t-il l'hypothèque comme tenant lieu d'hypothèque conventionnelle? Il nous semble que la question n'est pas bien posée. Elle semble s'identifier avec la première hypothèse que nous avons prévue ci-dessus (n° 453). Il faut donc supposer une simple promesse qui doit être réalisée plus tard.

La question fut soumise à la commission de la chambre; elle fut résolue négativement. « L'hypothèque ne pouvant résulter d'un jugement, il est évident que le juge ne peut ordonner l'exécution de la promesse à l'effet de conférer un droit hypothécaire. Mais le créancier est autorisé à réclamer immédiatement le remboursement de la somme prêtée (art. 1188 et 1912, 2°). En conséquence, le juge déclarera qu'à défaut de consentir hypothèque par acte régulier dans le délai qu'il fixera, le débiteur sera tenu de rembourser le capital emprunté (2). » La solution est très-exacte; seulement le rapporteur s'exprime mal en disant que le juge ne peut ordonner l'exécution de la promesse; il doit, au contraire, l'ordonner, puisque tel est l'engagement contracté par le débiteur; mais, comme il s'agit d'une obligation de faire, le juge doit ajouter une condamnation éventuelle à des dommages-intérêts si la promesse d'hypothèque n'est pas remplie, et le créancier peut exiger le remboursement de la créance si la promesse d'hypothèque est la condition du contrat principal (n° 454).

(1) Cloes, *Commentaire*, t. II, p. 47, nos 1012 et 1013.
(2) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 289). Voyez, en ce sens, un jugement du tribunal de Marche, du 24 février 1855 (Cloes et Bonjean, *Jurisprudence des tribunaux*, t. IV, p. 910).

§ VI. *Des contrats d'hypothèque passés à l'étranger.*

456. L'article 2128 du code civil porte que les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités. Cet article a été vivement critiqué; la loi belge y déroge; mais, pour comprendre la portée de la dérogation, il importe de préciser en quel sens les contrats d'hypothèque reçus en pays étranger ne *donnent* pas hypothèque sur les biens de France. Il a toujours été de principe que les contrats passés à l'étranger n'étaient pas exécutoires en France; l'ordonnance de 1629 le disait : « Ces contrats, dit l'article 121, n'auront aucune *hypothèque* ni *exécution* en notre royaume. » Quant à la force exécutoire, le principe est fondé sur le droit public. Les actes s'exécutent au nom du chef du pouvoir exécutif, donc au nom de la souveraineté nationale; or, le souverain d'un Etat n'a aucun pouvoir dans les autres Etats; il est donc impossible que les actes déclarés exécutoires au nom d'une souveraineté étrangère reçoivent leur exécution en France. C'est en ce sens que le code de procédure porte (art. 546) : « Les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les *actes* reçus par les officiers étrangers ne seront susceptibles d'*exécution* en France que de la manière et dans les cas prévus par les articles 2123 et 2128 du code civil », c'est-à-dire qu'ils doivent être déclarés exécutoires par un *tribunal* français, sauf disposition contraire résultant des traités. L'article 2128 appliquait donc le droit commun en tant qu'il refusait *force exécutoire* aux contrats d'hypothèque reçus à l'étranger; mais il allait plus loin, il déclarait que les actes d'hypothèque passés à l'étranger ne conféraient pas hypothèque sur les biens situés en France. C'est ce principe qui a été critiqué et qui, en réalité, ne se justifie point. Un acte de vente reçu à l'étranger transfère la propriété des biens situés en France; pourquoi un acte d'hypothèque, qui est une aliénation partielle, ne serait-il pas valable? On ne peut pas dire que l'hypothèque conventionnelle est un

contrat de droit civil, puisqu'elle dépend entièrement de la volonté des parties contractantes. On ne peut pas se prévaloir du caractère solennel de cet acte, car la solennité consiste en formes; or, il y a un principe universellement admis en matière de formes, c'est qu'elles sont déterminées par la loi du pays où l'acte est reçu (1).

Ce sont ces considérations qui ont engagé les auteurs de la loi belge à admettre la validité des actes d'hypothèque reçus à l'étranger (2); tel est l'objet de l'article 77, qui est ainsi conçu : « A défaut de dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, les hypothèques consenties en pays étranger n'auront d'*effet*, à l'égard des biens situés en Belgique, que lorsque les actes qui en contiennent la stipulation auront été revêtus du visa du président du tribunal civil de la situation des biens. » Ainsi la loi belge déroge au code Napoléon en ce qui concerne l'*effet* qu'elle reconnaît aux actes reçus à l'étranger; ils ont *effet* en ce sens qu'ils produisent le droit d'hypothèque; c'est dire qu'ils sont valables, pourvu qu'ils aient été passés dans la forme authentique, l'authenticité étant requise pour l'existence de l'hypothèque. C'est pour constater que les formes prescrites par les lois étrangères ont été observées que la loi fait intervenir le président du tribunal. « Ce magistrat, dit le § 2 de l'article 77, est chargé de vérifier si les actes et les procurations qui en sont le complément réunissent toutes les conditions nécessaires pour leur authenticité dans les pays où ils ont été reçus. »

Il suit de là que la loi belge ne déroge pas à l'article 546 du code de procédure; elle ne dit pas que les actes reçus à l'étranger sont *exécutoires* en Belgique par cela seul qu'ils sont authentiques et que le président a constaté leur authenticité; elle dit seulement que ces actes ont *effet* à l'égard des biens situés en Belgique, c'est-à-dire qu'ils engendrent le droit d'hypothèque, tandis qu'ils n'avaient pas cet effet en vertu de l'article 2128 du code civil (3). On ne peut pas

(1) Comparez Duranton, t. XIX, p. 551, n° 362.
(2) Rapports de la commission spéciale de la chambre des représentants et du sénat (Parent, p. 40, 113 et 419).
(3) Jugement du tribunal de Liége, 22 janvier 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 120).

dire que le *visa* du *président* leur donne force exécutoire; car ce *visa* n'est pas un jugement émané du tribunal, et l'article 546 (code de proc.) exige un jugement rendu par un *tribunal français*, qui rende exécutoire l'acte reçu par un officier étranger (1). Quand donc le créancier voudra exécuter l'acte d'hypothèque, il devra se conformer à l'article 546 du code de procédure.

457. Comment le président s'assurera-t-il que les actes reçus à l'étranger remplissent les conditions prescrites par la loi étrangère pour leur authenticité? Martou répond que le président puisera la preuve de l'authenticité dans les légalisations qui ont été apposées à l'acte par les autorités politiques (2). Le *visa* ne serait, d'après cela, qu'une pure formalité, le président ne faisant que constater que l'acte a été légalisé. Ce n'est pas là ce que la loi veut; elle veut qu'il soit judiciairement constaté que l'acte est solennel; or, la légalisation des autorités politiques ne constate que la vérité des signatures; ceux qui légalisent ne constatent point l'observation des formes exigées pour l'authenticité de l'acte. On demandera comment le président peut connaître toutes les lois étrangères. La réponse est très-simple : c'est au créancier hypothécaire qui demande le *visa* de prouver que l'acte qu'il produit est authentique et de faire connaître, par conséquent, les lois conformément auxquelles le contrat a été dressé.

458. L'article 78 exige le visa du président pour les actes qui contiennent constitution d'hypothèque. Parmi ces actes se trouvent les procurations, qui, comme le dit le §2, sont le complément du contrat. Que faut-il décider si une procuration est donnée à l'étranger pour passer en Belgique un contrat d'hypothèque? La cour de Liége a jugé que la procuration, dans l'espèce, n'était point soumise au visa. Cette décision a été cassée, et elle devait l'être. Le consentement du débiteur doit être donné dans la forme solennelle; sur ce point, il ne saurait y avoir un doute; or, quand le débiteur donne une procuration pour constituer

(1) M. Lelièvre semble dire le contraire dans son rapport.
(2) Martou, t. III, p. 92, nº 989. Comparez Cloes, t. III, p. 53, nº 84.

hypothèque, son consentement résulte de la procuration; et le consentement donné à l'étranger n'a d'effet en Belgique qu'en vertu du visa du président. Tel est le principe consacré par la loi nouvelle, et il décide la question. Nous croyons inutile d'insister. L'arrêt a été cassé, dans l'intérêt de la loi, sur le réquisitoire du procureur général; M. Leclercq répond à tout ce que l'on pourrait objecter en faveur de l'opinion contraire (1).

459. La décision du président est soumise à l'appel (art. 78, § 3). Cette disposition a été introduite par le sénat; le rapporteur la justifie en ces termes : « Votre commission a considéré qu'il ne s'agissait pas d'une simple formalité; le président est appelé à interpréter une législation étrangère; il est donc nécessaire d'accorder au créancier un recours contre la décision qui refuserait le visa (2). » La loi dit que l'appel sera interjeté par requête adressée à la cour, qui statuera comme en matière d'appel de référé.

460. L'article 78 ajoute qu'il peut y avoir des dispositions contraires dans les traités ou dans les lois politiques, c'est-à-dire que les traités peuvent stipuler que les actes reçus à l'étranger dans la forme authentique auront effet en Belgique sans visa. Nous ne connaissons pas de traité pareil; et la raison en est simple, c'est que, dans ce système, le créancier serait sans garantie. Il pourrait, à la vérité, prendre inscription en vertu de l'acte d'hypothèque; mais les tiers intéressés conserveraient le droit de demander la nullité de l'hypothèque et, par suite, de l'inscription, en se fondant sur ce que les formes exigées par la loi étrangère n'auraient pas été observées; le créancier a donc intérêt à demander le visa du président, qui décidera la question d'authenticité; il préviendra par là un procès et assurera l'exercice de son droit. Les traités n'auraient d'utilité que s'ils dispensaient le créancier de recourir au tribunal pour rendre l'acte exécutoire; ce serait une dérogation au code de procédure (art. 546).

(1) Cassation, 15 janvier 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 104). Comparez, en sens contraire, Cloes, t. III, p. 57, nos 90-92.
(2) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 419).

L'article 78 suppose que cette dérogation pourrait aussi résulter de *lois politiques*. Cette expression est empruntée à l'article 2128; elle se trouve aussi dans l'article 2123. Nous ne savons ce que le législateur entend par là. Il n'y a pas de lois internationales, puisque les rapports entre les peuples souverains se règlent par des conventions. Une loi ordinaire pourrait sans doute déroger au principe des articles 2123 et 2128, mais cette loi n'aurait rien de *politique*.

§ VII. *Qui peut consentir une hypothèque?*

461. L'hypothèque est l'accessoire de l'obligation principale; elle est donc consentie régulièrement par le débiteur qui donne à son créancier une garantie réelle pour l'acquittement de sa dette. Toutefois un tiers peut constituer une hypothèque pour une dette dont il n'est pas tenu personnellement. Le fait que les biens d'une personne sont grevés d'hypothèque, sans que le propriétaire soit débiteur principal, est très-usuel; il se présente aussi souvent que le débiteur aliène l'immeuble qu'il a hypothéqué; dans ce cas, l'hypothèque est séparée de l'obligation personnelle, le débiteur continue à être obligé personnellement, tandis que le tiers détenteur n'est tenu que comme possesseur d'un immeuble grevé d'une hypothèque. Cela peut aussi arriver, dès le principe, au moment où l'hypothèque est constituée. Un tiers peut constituer une hypothèque pour le débiteur; la loi le dit du gage (art. 2077), et on doit le dire aussi de l'hypothèque, quoique la loi ne s'en explique pas, mais aussi aucune disposition de la loi ne s'y oppose; tout ce que l'article 73 (code civil, art. 2214) exige, c'est que celui qui consent une hypothèque conventionnelle ait la capacité d'aliéner les immeubles qu'il y soumet. Reste à savoir comment se fera l'inscription de l'hypothèque consentie par un tiers; nous y reviendrons.

On a comparé à une caution le tiers qui donne une hypothèque pour une dette dont il n'est pas personnellement tenu. Nous mettons nos jeunes lecteurs en garde contre ces comparaisons. La loi ne qualifie pas de caution le tiers

qui hypothèque son immeuble pour sûreté d'une dette qu'il n'a point contractée, et la définition qu'elle donne du cautionnement n'autorise pas non plus cette qualification; la caution s'oblige à payer la dette quand le débiteur ne satisfait pas à son obligation (art. 2011), tandis que le tiers qui constitue seulement une hypothèque pour la sûreté de la dette n'est point débiteur. La différence est radicale. Nous en concluons que l'on ne peut pas appliquer au tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué des principes qui régissent la caution; notamment l'article 2037 n'est pas applicable, comme nous l'avons dit au titre qui est le siége de la matière (1) (t. XXVIII, n° 303).

462. Qui peut consentir une hypothèque? L'article 73 répond : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent. » Cette disposition implique deux conditions : il faut être 1° propriétaire, et 2° capable d'aliéner.

N° 1. IL FAUT ÊTRE PROPRIÉTAIRE.

463. L'article 73 (code civil, art. 2124) ne dit pas en termes formels qu'il faut être propriétaire pour pouvoir consentir une hypothèque, mais il le dit implicitement, en exigeant la capacité d'aliéner. En effet, le droit d'aliéner est un des attributs essentiels du droit de propriété; il n'y a que les propriétaires qui puissent aliéner; donc si la capacité d'aliéner est nécessaire pour pouvoir hypothéquer, il faut, par cela même, être propriétaire. L'article 78 (code civil, art. 2129) est plus explicite; il veut que l'acte d'hypothèque déclare spécialement la nature et la situation de chacun des biens actuellement *appartenant au débiteur*, sur lesquels il consent l'hypothèque. Et la loi ne le dirait pas, qu'il faudrait encore le décider ainsi, et sans doute aucun; c'est une conséquence du principe que l'hypothèque est un démembrement de la propriété, ou une aliénation

(1) Pont, t. II, p. 47, note 2. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 260, note 1, § 266.

partielle; or, il n'y a que le propriétaire qui puisse démembrer la propriété ou l'aliéner partiellement (1).

464. Le principe reçoit cependant des exceptions. Il arrive parfois que celui qui n'est pas propriétaire ait néanmoins le pouvoir d'aliéner. Tel est le cas où une contre-lettre constate que le propriétaire apparent n'est qu'un prête-nom; cette contre-lettre ne peut pas être opposée aux tiers (art. 1321); à l'égard de ceux-ci, l'acte apparent fait foi, et, par suite, le propriétaire nominal est le véritable propriétaire; ce qui lui donne le droit d'aliéner (2) et, partant, d'hypothéquer.

Au titre du *Contrat de mariage,* nous avons rencontré une autre exception. Quand la femme ameublit un immeuble pour une certaine somme, le mari ne peut l'aliéner qu'avec le consentement de la femme, mais il peut l'hypothéquer sans son consentement (art. 1507). La question de savoir si le mari est propriétaire de l'immeuble ainsi ameubli est controversée. Il y a un autre ameublissement appelé indéterminé; l'article 1508 dispose que la communauté ne devient pas propriétaire des immeubles qui en sont frappés; néanmoins le mari peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle les immeubles ont été ameublis. Nous renvoyons, sur ces points, au titre du *Contrat de mariage.*

La jurisprudence française admet une troisième exception quant aux hypothèques consenties par l'héritier apparent. Dans la doctrine contraire, que nous avons enseignée, l'héritier apparent ne peut faire aucun acte de disposition; par conséquent, il ne peut hypothéquer les biens de la succession : l'hypothèque est nulle comme étant consentie par celui qui n'est pas propriétaire de la chose (3). Nous exposerons plus loin les principes qui régissent l'hypothèque de la chose d'autrui.

465. L'associé peut-il hypothéquer l'immeuble qui appartient à la société? Il faut distinguer. Dans les sociétés

(1) Martou, t. III, p. 57, n° 952. Pont, t. II, p. 59, n° 624.
(2) Voyez mon tome XIX, p. 203, n° 189. Comparez les arrêts cités par Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1206, 1° et 2°.
(3) Voyez mon tome XIX, n° 562. Comparez Pont, t. II, p. 66, n° 631.

civiles, chacun des associés est copropriétaire des immeubles qui dépendent de la société; il peut, à ce titre, faire des actes de disposition, comme nous allons le dire. Il y a une espèce de société civile qui donne un pouvoir à peu près absolu à l'un des associés, c'est la communauté entre époux; le mari en est seigneur et maître; la loi lui donne le droit d'aliéner et d'hypothéquer les biens de la communauté sans le concours de la femme; nous avons expliqué cette anomalie au titre qui est le siége de la matière.

Dans les sociétés de commerce, c'est l'être moral, considéré comme personne civile, qui est propriétaire des biens sociaux; c'est donc la société seule qui peut hypothéquer, les associés n'ont pas ce droit, car les biens de la société ne sont point dans leur domaine. S'ils les hypothéquaient, l'acte serait nul, comme hypothèque de la chose d'autrui. Même après que la société est dissoute, on admet qu'elle est censée subsister pour les besoins de la liquidation; le liquidateur ayant le pouvoir d'aliéner, il en résulte que ce droit ne peut être entravé par les associés; à partir de la dissolution, ils deviennent, à la vérité, copropriétaires des biens qui composent l'actif; ils peuvent, par conséquent, hypothéquer ces biens en vertu de leur droit de copropriété; mais ces hypothèques deviennent inefficaces si le liquidateur aliène les biens hypothéqués pour la nécessité de la liquidation. Il y a, dans ce cas, un conflit de principes : l'associé devrait avoir, et il a réellement, le droit d'hypothéquer sa part indivise, mais il ne peut pas user de ce droit au préjudice de la masse; et le droit de la masse domine, pendant la liquidation, celui des associés. Nous n'entrons pas dans l'examen de ces difficultés, puisque la matière est étrangère à notre travail (1).

466. Les copropriétaires par indivis peuvent-ils hypothéquer? Cette question donne lieu à bien des difficultés; nous les avons examinées au titre des *Successions;* les mêmes principes s'appliquent à toute indivision, quelle qu'en soit la cause (t. X, n° 402). Le copropriétaire peut hypothéquer, sauf l'application de l'article 883 (t. X,

(1) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 266, notes 19 et 20, § 266

n° 215). Quel sera l'effet du partage (t. X, n° 394)? Si l'immeuble tombe au lot de celui qui a consenti l'hypothèque, celle-ci frappera-t-elle tout l'immeuble, ou seulement la part qui appartenait au copropriétaire lors du contrat (t. X, n° 402)? Le principe de l'article 883 s'applique-t-il au cas de licitation, quand l'immeuble est adjugé à un tiers (t. X, n° 417)? L'hypothèque subsiste-t-elle quand l'un des communistes cède sa part à un copropriétaire (t. X, n°s 423-431)? Toutes ces questions ont été examinées ailleurs. Nous avons dit aussi que la loi donne aux tiers créanciers le droit d'intervenir au partage pour sauvegarder leurs intérêts. Malheureusement la garantie est parfois insuffisante (t. X, n°s 524-545). La loi sur la saisie immobilière de 1854 a remédié en partie aux inconvénients pratiques que présente l'application de l'article 883 (t. X, n° 419).

N° 2. CONSÉQUENCES DU PRINCIPE.

I. *De l'hypothèque de la chose d'autrui.*

467. Du principe qu'il faut être propriétaire pour pouvoir hypothéquer suit que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. La loi le dit implicitement en posant le principe de la spécialité des hypothèques conventionnelles : « Il n'y a d'*hypothèque conventionnelle valable* que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles *actuellement appartenant au débiteur*, sur lesquels il consent l'hypothèque ». Si donc il hypothèque un bien qui ne lui appartient pas actuellement, l'hypothèque est nulle. Cela résulte encore, par voie d'analogie, de l'article 1599, aux termes duquel la vente de la chose d'autrui est nulle; si le non-propriétaire ne peut pas aliéner un immeuble pour le total, il ne peut, par identité de motif, l'aliéner partiellement (1).

468. Sous ce rapport, l'analogie entre la vente et l'hypothèque est complète. Toutefois il faut se garder d'en conclure que les principes qui régissent la vente de la chose

(1) Pont, t. II, p. 60, n° 625. Martou, t. II, p. 59, n° 953.

d'autrui reçoivent leur application à l'hypothèque de la chose d'autrui. Il y a des différences, et elles sont essentielles. La vente est un contrat non solennel; tandis que, dans l'opinion que nous avons enseignée, l'hypothèque est un contrat solennel. Ce n'est pas seulement une différence de forme. Si l'hypothèque est un acte solennel, c'est qu'elle touche aux intérêts économiques les plus graves, le crédit privé, le développement de la richesse nationale; la vente, au contraire, ne concerne que des intérêts privés. Sans doute la publicité des transactions immobilières est aussi d'intérêt public; la loi hypothécaire y a pourvu en ordonnant la transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers. Mais la transcription ne change pas la nature du contrat; la vente reste un contrat non solennel, dont les conditions sont réglées en vue de l'intérêt privé.

469. Les caractères différents de la vente et de l'hypothèque produisent des conséquences différentes. La difficulté capitale que présente la vente de la chose d'autrui est de savoir si la vente est nulle, c'est-à-dire annulable, ou si elle est inexistante. Nous avons enseigné, et c'est l'opinion généralement suivie, que la vente est nulle, en ce sens que la nullité en peut être demandée et que l'action en nullité qui en résulte est d'intérêt privé; partant, que la nullité est relative. En faut-il dire autant de l'hypothèque de la chose d'autrui? Les auteurs n'examinent pas la question, et elle ne s'est pas présentée en jurisprudence; il est si rare que l'on dispose de la chose d'autrui. Toutefois il faut une solution. Nous avons exposé, au titre des *Obligations*, la théorie des actes inexistants; si on l'admet, il en faut conclure que l'hypothèque de la chose d'autrui est inexistante. En effet, l'une des conditions requises pour l'existence des contrats est qu'ils aient une cause licite; et la cause est illicite, aux termes de l'article 1133, quand elle est prohibée par la loi et quand elle est contraire à l'ordre public; or, à ce double titre, l'hypothèque de la chose d'autrui est illicite; la loi la prohibe dans les articles 73 et 78 (code civil, art. 2124 et 2129), et elle la prohibe dans un intérêt général, puisque la prohibition tient à la spécialité, c'est-à-dire à l'intérêt des tiers, qui est un intérêt public, et au

crédit des propriétaires, qui constitue également un intérêt public; et, en matière de conventions, l'intérêt public est d'ordre public.

Il y a donc un texte qui décide la question. Malheureusement ce texte est très-vague, et la théorie des actes inexistants est toujours incertaine. Alors même que l'on admettrait que l'hypothèque de la chose d'autrui a une existence légale, on aboutit à peu près aux mêmes conséquences en ce qui concerne le caractère de la nullité. Les auteurs enseignent qu'elle est absolue et qu'elle ne peut être confirmée: toute confirmation, dit Martou, suppose l'existence au moins d'un germe, d'un commencement de droit; on ne confirme pas le néant. Or, au moment où le débiteur a donné en hypothèque la chose d'autrui, il n'avait sur cette chose aucun droit, aucune éventualité d'un droit, pas même une espérance. C'est dire que l'hypothèque est inexistante, quoique l'auteur ne prononce pas le mot. MM. Aubry et Rau s'expriment dans le même sens (1). En admettant la conséquence du principe que l'hypothèque de la chose d'autrui n'existe pas aux yeux de la loi, les éditeurs de Zachariæ admettent implicitement le principe. Pont semble dire que le contrat est seulement nul, mais ce qu'il dit des caractères de cette nullité se rapproche plutôt de la théorie de l'inexistence de l'acte : c'est un contrat auquel la matière a manqué, parce que le constituant n'avait aucun droit à la chose dont il a disposé; le contrat est donc comme non avenu, et, quoi qu'il arrive, il reste affecté d'une nullité radicale, irréparable (2). Ce n'est pas là une nullité, c'est plus, c'est l'inexistence. Nous ne connaissons pas d'arrêt sur la matière; il y a un jugement de première instance qui dit aussi que la nullité est radicale, absolue; mais il n'entend pas par là que le contrat soit inexistant, car il n'admet pas les conséquences de l'inexistence (3); cela prouve combien la précision du langage est nécessaire en cette matière.

(1) Martou, t. III, p. 103, n° 1002. Aubry et Rau, t. III, p. 263, note 8, § 266.
(2) Pont, t. II, p. 66, n° 630.
(3) Jugement du tribunal de Neufchâteau, 29 mars 1874 (*Pasicrisie*, 1875, 3, 139).

470. Nous avons insisté sur le principe, parce qu'il sert à décider toutes les difficultés sur lesquelles il y a controverse. On demande d'abord : Qui peut se prévaloir de la nullité de l'hypothèque? La question ainsi posée implique que l'hypothèque de la chose d'autrui existe, mais qu'elle est entachée d'un vice qui permet d'en demander la nullité. Dans notre opinion, la question devrait être formulée en ces termes : Qui peut se prévaloir de l'inexistence de l'acte? et cette difficulté n'en est pas une, puisqu'il est de principe que toute personne peut toujours repousser un acte qui n'existe pas. Quand même on admettrait qu'il y a seulement nullité, toujours est-il que cette nullité est d'ordre public; ce qui conduit encore à la conséquence que toute personne intéressée peut l'opposer.

Le principe n'est pas admis par tous les auteurs; de là des controverses sur les conséquences qui en découlent. Dans notre opinion, le débiteur peut se prévaloir de l'inexistence de l'acte : c'est le droit commun, dans la théorie des actes inexistants. Dans l'opinion qui considère l'acte seulement comme nul ou annulable, on objecte que le débiteur ne peut pas invoquer son dol, personne ne pouvant se prévaloir de sa turpitude pour réclamer un droit. C'est un adage romain que nos lois ignorent; il faut dire plus, elles le repoussent quand la nullité est d'ordre public : le bigame peut demander la nullité de son mariage, bien qu'il y ait plus que dol et turpitude; il y a crime. C'est qu'il y a un intérêt social en cause; la loi veut qu'un acte qui blesse l'intérêt général soit annulé et ne produise aucun effet; c'est pour atteindre ce but qu'elle donne action à toute partie intéressée. Des auteurs considérables, Merlin, Troplong, soutiennent l'opinion contraire en se fondant sur la tradition romaine. On voit ici le danger de cette argumentation si usuelle dans notre science. Le droit procède, il est vrai, du passé, mais il y a aussi des matières où le droit moderne a rompu avec la tradition, et tel est précisément le régime hypothécaire. Pourquoi disons-nous que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle et que la nullité est d'ordre public? C'est parce que les hypothèques intéressent le crédit public : voilà une idée complétement étrangère aux juriscon-

sultes romains; il faut donc laisser de côté la tradition, elle égare les interprètes au lieu de les éclairer (1).

La question, en ce qui concerne le débiteur, n'est guère que de théorie. En effet, si le débiteur demandait la nullité de l'hypothèque, le créancier, qui n'a traité que sous la condition de l'hypothèque, pourrait agir en remboursement de la créance, par analogie de ce que la loi dit dans le cas où le débiteur a diminué par son fait les sûretés que, par le contrat, il avait données à son créancier (art. 1188 et 2131; loi hyp., art. 79).

La question devient plus pratique quand la nullité est proposée par des tiers auxquels le débiteur a vendu ou hypothéqué l'immeuble après qu'il en a acquis la propriété. Les tiers créanciers hypothécaires ou acquéreurs peuvent-ils opposer la nullité de l'hypothèque constituée par le débiteur, alors qu'il n'était pas propriétaire? Il y a controverse; toutefois la plupart des auteurs et des arrêts se sont prononcés en faveur des tiers (2). Si la question est controversée, la raison en est que la doctrine et la jurisprudence manquent d'un principe certain. Dans notre opinion, il n'y a aucun doute: que l'on considère l'hypothèque de la chose d'autrui comme inexistante ou comme entachée d'une nullité d'ordre public, peu importe; dans toute hypothèse, les tiers intéressés peuvent s'en prévaloir. Vainement leur opposerait-on la confirmation; d'abord ce n'est pas confirmer que d'acquérir la propriété de la chose qui a été hypothéquée par le non-propriétaire, et quand même ce fait emporterait par lui-même confirmation, dans l'espèce toute confirmation est impossible, puisqu'on ne confirme pas le néant. Nous croyons inutile de répondre aux autres objections que Merlin et, à sa suite, Troplong ont faites contre le droit des tiers; il y a été répondu d'une manière péremptoire par les éditeurs de Zachariæ. Dans l'opinion que nous avons professée, les objections tombent d'elles-mêmes, tout tiers intéressé ayant le droit de se prévaloir de l'inexistence du contrat d'hypothèque. Si les créanciers hypothécaires ou les acqué-

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 264, et note 9. Pont, t. II, p. 64, n° 630.
(2) Voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 263, note 8, § 266.

reurs de l'immeuble n'avaient pas le droit que nous leur reconnaissons, l'hypothèque de la chose d'autrui produirait un effet; or, l'article 1131 dit que le contrat inexistant n'en peut produire aucun.

471. Le débiteur, après avoir hypothéqué l'immeuble d'autrui, en acquiert la propriété, soit comme héritier du propriétaire, soit à tout autre titre. On demande si l'hypothèque devient valable. Si l'on admet le principe de l'inexistence de l'hypothèque, la question ne peut pas même être posée : un acte inexistant, c'est le néant, et comment le néant acquerrait-il jamais un effet quelconque? Cela est contradictoire dans les termes. Il y a encore un autre principe de notre loi hypothécaire qui s'oppose à ce que l'hypothèque de la chose d'autrui soit validée, c'est la disposition qui défend, en termes absolus, d'hypothéquer les biens à venir; or, l'hypothèque d'un bien dont, lors de l'acte, on n'est pas propriétaire, et dont ensuite on acquiert la propriété, serait l'hypothèque d'un bien à venir, si elle était validée de manière à avoir effet à partir du contrat primitif. Cet argument répond à l'objection que l'on puise dans la tradition romaine. Les partisans du droit romain oublient que les jurisconsultes de Rome ignoraient le principe de la spécialité, ils n'avaient aucune idée des motifs d'intérêt public qui s'opposent à ce que le débiteur hypothèque des biens à venir; logiciens avant tout, ils devaient admettre que l'hypothèque de la chose d'autrui se valide quand le débiteur devient propriétaire de l'immeuble. Soyons logiciens comme nos maîtres en tenant compte des nouveaux principes de notre régime hypothécaire, et nous arriverons à cette conséquence que l'hypothèque de la chose d'autrui, si elle pouvait se valider, serait, en réalité, l'hypothèque d'un bien à venir; or, notre loi prohibe cette hypothèque d'une manière absolue. C'est l'argument que la commission de la chambre des représentants a fait valoir, et il est décisif. Seulement le rapporteur a tort de dire que l'article, tel que la commission le présentait, tranchait la difficulté, car l'article 78 reproduit textuellement l'article 2129 du code civil; si la commission voulait décider la controverse par une disposition expresse, elle aurait dû formuler son opinion

en article de loi. Dans le silence du texte, la question reste sujette à contestation, malgré la solution que la commission lui a donnée (1).

On peut faire contre l'opinion généralement suivie une objection qui, à vue d'œil, paraît très-spécieuse. La vente de la chose d'autrui devient valable quand le vendeur en acquiert la propriété. Si l'aliénation totale se valide, pourquoi l'aliénation partielle ne se validerait-elle pas? Nous avons répondu d'avance, en établissant que les principes qui régissent la vente ne reçoivent pas d'application à l'hypothèque (n° 468). La raison en est que la vente de la chose d'autrui est nulle uniquement dans l'intérêt de l'acheteur; tandis que l'hypothèque d'un immeuble qui n'appartient pas au débiteur heurte tous les principes du régime hypothécaire, et ces principes sont d'ordre public.

472. Du principe que l'hypothèque de la chose d'autrui reste nulle, quoique le débiteur devienne propriétaire de l'immeuble, suit que l'on ne peut pas hypothéquer la chose d'autrui sous la condition que l'on en deviendra propriétaire. La conséquence est controversée, aussi bien que le principe; mais les mauvaises raisons que Troplong fait valoir contre l'opinion générale ne servent qu'à la fortifier. L'hypothèque, dit-il, porte, dans ce cas, sur un immeuble déterminé; donc le principe de la spécialité est respecté. Nous répondons que la loi est violée, car elle défend, en termes absolus, l'hypothèque des biens à venir (art. 78; code civil, art. 2131), sans distinguer si l'hypothèque est constituée sur la généralité des biens ou sur des biens déterminés (2). Notre loi a donné une force nouvelle à l'argument en rejetant l'exception que l'article 2130 admettait: toute hypothèque d'un bien à venir est interdite, et l'hypothèque de la chose d'autrui, sous la condition que l'on en deviendra propriétaire, n'est autre chose que l'hypothèque d'un bien à venir.

(1) Martou, t. III, p. 100, n° 1002; Pont, t. II, p. 61, n°s 627-630, et les autorités qu'ils citent. En sens contraire, Merlin et Troplong. Comparez Lelièvre, Rapport (Parent, p. 144).
(2) Martou, t. III, p. 104, n° 1004. Aubry et Rau, t. III, p. 262, note 5, § 266. En sens contraire, Troplong, n° 528.

473. Peut-on hypothéquer l'immeuble appartenant à un tiers en se portant fort pour lui? L'affirmative n'est pas douteuse; c'est l'application de l'article 1120, aux termes duquel on peut se porter fort pour un tiers en promettant le fait de celui-ci. Il va de soi que l'hypothèque n'existera que lorsque le tiers propriétaire aura ratifié l'engagement pris en son nom, car c'est seulement alors qu'il y a consentement du propriétaire, et il ne peut pas se former de contrat d'hypothèque sans la volonté du débiteur à qui appartient l'immeuble. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut, sur l'effet de la ratification, en matière d'hypothèque (n[os] 449 et 450). La question est controversée (1).

474. On voit que l'hypothèque de la chose d'autrui ne peut jamais se valider, de manière qu'elle existe dès l'origine contre les tiers. Les principes de notre régime hypothécaire s'y opposent. L'hypothèque n'est efficace à l'égard des tiers que par l'inscription; or l'inscription suppose l'existence de l'hypothèque, qui est rendue publique par cette voie; l'inscription ne peut pas conserver des droits qui n'existent point. Tout tiers, même un créancier chirographaire, peut se prévaloir de l'inexistence de l'hypothèque et, par suite, de la nullité de l'inscription; si un créancier hypothécaire s'inscrit, il aura le premier rang, quoiqu'il soit postérieur à l'acte inscrit, car l'inscription, pas plus que l'hypothèque, n'a d'existence légale, dans l'espèce. Il est arrivé que le propriétaire a ratifié l'hypothèque qui avait été consentie sur son immeuble; cette ratification vaudra comme un nouveau contrat d'hypothèque, et partant elle n'aura d'effet qu'en vertu d'une nouvelle inscription ; la première est dénuée de toute efficacité (2).

II. *De l'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou rescindable.*

475. L'article 78 (code civil, art. 2129) dit que le débiteur ne peut hypothéquer que les immeubles qui lui *appar-*

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 262, note 6, § 266. En sens contraire, Mourlon. t. III, p. 66, n° 956, et un arrêt de la cour d'Orléans qu'il cite.
(2) Bruxelles, 26 décembre 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 269).

tiennent actuellement. Quand peut-on dire que les biens *appartiennent* à une personne? Il y a un vieil adage d'après lequel une chose est censée nous appartenir quand nous avons une action en vertu de laquelle notre droit de propriété sera reconnu, de manière que nous soyons censés n'avoir jamais cessé d'en être propriétaires. Cet adage est fondé en droit et en raison. La chose est d'évidence quand il s'agit d'une action en revendication. Un tiers possède un immeuble qui m'appartient; il n'a aucun titre : puis-je hypothéquer cet immeuble comme m'appartenant? Cela n'est pas douteux; en effet, l'usurpation de mon droit ne me dépouille pas de mon droit; je suis et je n'ai jamais cessé d'être propriétaire. Qu'importe que je doive agir en justice si l'usurpateur veut se maintenir en possession? Le juge, en me donnant gain de cause, décidera que je n'ai jamais cessé d'être propriétaire, car les jugements ne font que déclarer les droits des parties, ils ne leur en attribuent aucun; la conséquence en sera que l'hypothèque par moi constituée sera parfaitement valable, puisqu'elle a été consentie par celui à qui l'immeuble appartenait actuellement, comme le veut la loi. Ce que nous disons de l'action en revendication s'applique à toute action en résolution, en révocation, en rescision ou en nullité, ayant pour objet un immeuble. Il y a, à la vérité, cette différence que le tiers dont le droit est résolu, revoqué, rescindé ou annulé, avait un droit, ce n'est pas un usurpateur; mais son droit n'est qu'apparent; le jugement l'a anéanti, à ce point qu'il est censé n'avoir jamais existé. C'est donc moi, dont le juge reconnaît le droit, qui ai toujours été propriétaire de l'immeuble; par conséquent, j'ai eu le droit de l'hypothéquer, comme m'*appartenant actuellement*, bien que, lors du contrat, je ne fusse pas en possession de l'immeuble; mais la possession est de fait, et ne décide pas du droit. Le juge, en anéantissant l'acte en vertu duquel un tiers possédait, a déclaré par cela même que cet immeuble m'appartenait lors de la constitution de l'hypothèque; donc l'hypothèque est valable (1).

(1) Valette. p. 200 et suiv. Pont, t. II, p. 74, n° 636.

476. L'article 74 (code civil, art. 2125) applique ce principe à celui qui a sur l'immeuble un droit suspendu par une condition; il peut consentir une hypothèque, bien entendu, comme la loi l'ajoute, que l'hypothèque qu'il consentira sera suspendue par la même condition. J'achète un immeuble sous condition suspensive : puis-je l'hypothéquer? Oui, d'après notre article; cependant je ne suis pas propriétaire, le vendeur conserve la propriété; en hypothéquant l'immeuble, j'hypothèque, en apparence, la chose d'autrui. Mais raisonner ainsi, ce ne serait pas tenir compte de mon droit conditionnel : si la condition se réalise, elle rétroagit, je suis censé avoir été propriétaire dès le jour du contrat de vente; en effet, ce jour-là j'ai acheté; je suis donc devenu propriétaire, sous condition, il est vrai; mais, la condition s'accomplissant, mon droit devient pur et simple, et, en vertu de ce droit, je puis hypothéquer l'immeuble : l'hypothèque sera valable dès le jour où elle a été établie, et elle aura rang à partir de son inscription, puisque en la constituant j'étais propriétaire. Mais si la condition défaillit, il en résultera que je n'ai jamais été propriétaire de l'immeuble; j'ai donc hypothéqué un immeuble qui ne m'appartenait point; cette hypothèque est inexistante, et l'inscription n'a pu la rendre efficace. En ce sens, la loi dit que le droit du créancier hypothécaire est subordonné à la même condition que le droit du débiteur qui a constitué l'hypothèque; si la condition ne se réalise point, le débiteur n'a jamais été propriétaire et l'hypothèque n'a jamais existé.

477. Ces principes s'appliquent-ils à la vente faite avec clause de rachat? On est étonné de voir que la question est controversée, et plus étonné encore de ce que la cour de cassation l'a décidée négativement; la cour va jusqu'à dire que les principes qu'elle invoque sont incontestables. Valette a raison de dire qu'il est incontestable, au contraire, que celui qui a sur un immeuble un droit subordonné à une condition peut valablement consentir une hypothèque soumise à la même condition. Cela est incontestable, parce que l'article 2125 le dit. Or, celui qui vend avec pacte de réméré a sur l'immeuble un droit conditionnel; l'acheteur

est propriétaire sous condition résolutoire et le vendeur est propriétaire sous condition suspensive. Tels sont les vrais principes; il est impossible de les contester, puisqu'ils sont écrits dans la loi. Nous les avons exposés au titre de la *Vente*, et nous en avons déduit les conséquences au titre des *Obligations;* les principes étant certains, il est inutile d'insister (1).

478. L'article 74 ajoute que « ceux qui n'ont sur un immeuble qu'un droit résolutoire dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise à la même condition ou à la même rescision ». Nous venons de dire (n° 477) que celui qui vend un immeuble avec clause de rachat en est propriétaire sous condition suspensive, et qu'à ce titre il peut l'hypothéquer. L'acheteur, de son côté, est propriétaire sous condition résolutoire, et, à ce titre, il peut aussi hypothéquer; seulement l'hypothèque sera sujette à résolution, de même que le droit de propriété du constituant. Au premier abord, cela paraît en contradiction avec le principe que nous avons établi (n° 475), et même avec le bon sens. Nous avons dit que celui qui a une action en vertu de laquelle il sera reconnu comme propriétaire de l'immeuble, peut l'hypothéquer comme lui *appartenant actuellement;* d'après ce principe, l'immeuble vendu sous pacte de rachat appartient au vendeur, qui a l'action de réméré; et s'il *appartient actuellement* au vendeur, comment appartiendrait-il, au même moment, à l'acheteur? Il semble résulter de cette double propriété une conséquence aussi absurde en droit qu'en raison, c'est qu'un même immeuble appartient tout ensemble au vendeur et à l'acheteur, et peut être hypothéqué par l'un et par l'autre. Nous avons déjà répondu ailleurs que la contradiction n'est qu'apparente; en droit, il n'y a toujours qu'un seul propriétaire, le vendeur s'il exerce le réméré, ou l'acheteur si le rachat n'est pas exercé; et il n'y a aussi qu'une seule hypothèque qui restera valable, celle qui aura été concédée par le vendeur si la vente est résolue, et celle

(1) Comparez Valette, p. 202 et 203; Pont, t. II, p. 75, n°s 638 et 639. Aubry et Rau, t. III, p. 265, et notes 13 et 14, § 266.

qui aura été consentie par l'acheteur si la vente n'est pas résolue. Ce qui lève la contradiction, c'est que la propriété du vendeur, ainsi que celle de l'acheteur, est conditionnelle; en vertu de ce droit, ils peuvent l'un et l'autre grever l'immeuble d'une hypothèque (art. 74; code civil, art. 2125); mais l'accomplissement de l'une ou de l'autre condition met fin à la propriété de l'une des parties, avec cet effet qu'elle est considérée comme n'ayant jamais été propriétaire; ce qui fait tomber l'hypothèque qu'elle a établie.

479. Ce principe s'applique aussi à la condition résolutoire tacite, comme nous l'avons dit au titre des *Obligations*. Que faut-il dire de la résolution volontaire? La question est controversée, nous l'avons examinée ailleurs (t. XVII, n° 143).

480. La révocation est synonyme de résolution; l'article 1183 se sert du mot *revocation* pour déterminer les effets de la condition résolutoire expresse. Il y a cependant une différence; la résolution opère toujours rétroactivement, elle anéantit le contrat comme s'il n'avait jamais existé, ce qui entraîne la résolution des droits concédés par le propriétaire dont la propriété est résolue. La révocation se fait aussi, en général, avec rétroactivité; mais il y a des cas dans lesquels elle ne produit d'effet qu'à partir du moment où la demande en révocation est inscrite, ce qui laisse subsister les droits d'hypothèque consentis par le propriétaire dont le droit est révoqué. Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre de la *Propriété*, et sur les dispositions préliminaires de la loi hypothécaire.

481. L'article 74 (code civil, art. 2125) met la propriété sujette à rescision sur la même ligne que la propriété résoluble. En effet, la rescision ou l'annulation prononcée par le juge a aussi pour conséquence d'anéantir le droit de celui qui est dépossédé, comme s'il n'avait jamais existé; la rescision équivaut donc à la résolution en ce qui concerne les hypothèques constituées par celui dont la propriété est rescindée ou annulée, les hypothèques tombent, parce qu'elles ont été consenties par celui qui n'était pas propriétaire. Cela est d'une telle évidence, qu'il ne vaudrait pas la

peine de citer des autorités (1), si l'on ne trouvait dans un arrêt de la cour de cassation une restriction qui est contraire aux principes. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une hypothèque établie sur un immeuble dont le possesseur était propriétaire en vertu d'un acte fait en fraude des créanciers. Ceux-ci avaient l'action paulienne, et pouvaient faire annuler, en conséquence, l'acte d'acquisition du propriétaire apparent et, par suite, l'hypothèque qu'il avait constituée. L'annulation de l'hypothèque n'était pas douteuse, mais l'arrêt ajoute que « si le principe pouvait fléchir, ce ne serait que dans le cas où la partie qui traite avec le propriétaire apparent pourrait invoquer une bonne foi fondée sur une erreur commune invincible (2). » Nous faisons nos réserves sur cette prétendue exception, qui permettrait à un non propriétaire de concéder une hypothèque à raison de la bonne foi du créancier ; la bonne foi des tiers ne donne pas de droit à celui qui n'en a point. C'est ce que nous croyons avoir démontré en discutant la fameuse question des actes de disposition faits par l'héritier apparent.

482. On voit que le droit du créancier hypothécaire risque souvent de périr quand le débiteur qui lui a concédé l'hypothèque n'avait lui-même qu'une propriété périssable. Un des bons jurisconsultes de l'ancien droit, Voet, dit que le créancier n'a pas à se plaindre de la fragilité de sa garantie, parce qu'il a pu et dû s'enquérir de la nature et de l'étendue des droits de son débiteur (3). Nous sommes étonné de voir cette observation reproduite par Martou, dans le commentaire d'une loi qui a pour objet de garantir les tiers créanciers comme les tiers acquéreurs contre les dangers de la clandestinité romaine. Voet vivait dans un pays de nantissement, mais l'empire tyrannique de la tradition est plus fort que la vie réelle. Le plus souvent il est impossible aux tiers de connaître les causes de résolution, de révocation ou de rescision qui menacent leurs droits. Voilà pourquoi la loi nouvelle prescrit, d'une part, la pu-

(1) Pont, t. II, p. 82, nos 644 et 645, et les autorités qu'il cite. Ajoutez Paris, 6 juin 1872 (Dalloz, 1873, 2, 124).
(2) Rejet, 25 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 4, 342).
(3) Voet, *Commentaire*, liv. XX, tit. VI, n° 8.

blicité des demandes en révocation et en nullité, ainsi que des jugements rendus sur ces demandes (art. 3), et, d'autre part, subordonne la condition résolutoire tacite à la conservation du privilége du vendeur.

La jurisprudence a pendant longtemps aggravé la condition des tiers créanciers, en décidant qu'ils étaient représentés par le débiteur dans les instances où le droit de propriété du débiteur et, par suite, les droits d'hypothèque étaient en cause. Nous avons critiqué ailleurs cette fausse doctrine qui perd tous les jours de son crédit (t. XX, n[os] 105-107) (1). Il faut aller plus loin; non-seulement les tiers créanciers ne sont pas représentés par le débiteur dans les actions en résolution ou en rescision intentées contre celui-ci, ils peuvent aussi exercer les droits de leur débiteur; si donc une hypothèque leur a été concédée par celui qui avait une action en vertu de laquelle il sera déclaré propriétaire, les créanciers peuvent former cette action au nom de leur débiteur. Si la condition suspensive qui suspend le droit du débiteur et celui du tiers créancier hypothécaire consiste dans le payement d'une somme d'argent, le créancier sera admis à faire cette prestation pour consolider son hypothèque : il pourrait donc exercer le réméré au nom du vendeur qui lui a donné une hypothèque sur l'immeuble vendu avec pacte de rachat (2).

III. *De l'hypothèque consentie par les administrateurs.*

483. Il y a des administrateurs conventionnels et des administrateurs légaux. Que les premiers n'aient pas le droit d'hypothéquer sans un pouvoir spécial, cela n'est pas douteux, puisque la loi le dit. L'article 1988 porte : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration; s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, le mandat doit être exprès. » Nous renvoyons, quant au principe, au titre qui est le siége de la matière. Il faut ajouter que la procuration doit être authentique; c'est la disposition de l'article 76.

(1) Comparez Martou, t. II, p. 71, n° 969.
(2) Valette, *Traité des Priviléges et des Hypothèques*, p. 204.

Il a été jugé que ces principes reçoivent leur application aux gérants des sociétés commerciales, ce qui est d'évidence; en effet, le code de commerce ne donne pas aux gérants le droit d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles de la société, et, dans le silence de la loi commerciale, il faut recourir au droit commun du code civil; or, le code ne permet pas aux administrateurs d'hypothéquer, puisqu'il exige la capacité d'aliéner pour pouvoir concéder une hypothèque (art. 2124; loi hyp., art. 73) (1). Les gérants sont des mandataires ordinaires; ils doivent donc être munis d'un pouvoir spécial et authentique.

484. En est-il de même des administrateurs légaux? On lit dans le dernier traité qui ait paru sur les hypothèques que, représentant la personne de celui dont ils administrent les biens, ils ont par cela même le droit d'hypothéquer les immeubles de ceux qu'ils représentent. Ce n'est pas, dit-on, déroger au principe qui ne permet qu'au propriétaire d'hypothéquer, puisque c'est le propriétaire qui consent l'hypothèque par l'intermédiaire de son représentant légal (2). Le principe ainsi énoncé est une erreur, ou il est mal formulé. L'auteur oublie qu'il ne suffit pas d'être propriétaire pour avoir le droit d'hypothéquer, qu'il faut aussi avoir la capacité d'aliéner; or, les mandataires légaux représentent des personnes incapables, des absents, des mineurs, des interdits, des femmes mariées; quoique propriétaires, ces incapables ne peuvent pas hypothéquer, et leurs représentants n'ont pas plus de droit qu'eux. Pour mieux dire, ils ne représentent les incapables que pour administrer leurs biens; en qualité d'administrateurs, ils n'ont d'autre pouvoir que celui de faire des actes d'administration; s'agit-il d'aliéner ou d'hypothéquer, la loi prescrit des formalités et des conditions dans l'intérêt des incapables, et à raison du défaut de capacité dans la personne des administrateurs légaux; donc quand ceux-ci hypothèquent en remplissant les conditions et les formalités légales, on ne peut pas dire qu'ils exercent un droit qui leur appar-

(1) Rejet, 21 avril 1841 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1223), et 3 mai 1853 (Dalloz, 1853, 1, 186). Bruxelles, 20 novembre 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 2, 5).
(2) Pont, t. II, p. 69, n° 633.

tient en leur qualité d'administrateurs; car, s'ils doivent remplir des formalités et des conditions, c'est précisément parce qu'ils sont sans droit.

485. Les envoyés en possession provisoire des biens d'un absent ne peuvent pas les hypothéquer, parce qu'ils sont de simples administrateurs (art. 125). Mais il peut être nécessaire de vendre les immeubles de l'absent ou de les hypothéquer, ou cela peut être très-avantageux à leurs intérêts; les envoyés provisoires, n'ayant qu'un pouvoir d'administration, ne peuvent pas hypothéquer; et le code civil n'indiquait aucun moyen de suppléer à leur incapacité. Cette lacune a été comblée par la loi hypothécaire, qui porte (art. 75) : « L'hypothèque des biens des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, est soumise aux formalités prescrites pour les mineurs et interdits. » Nous renvoyons, pour les détails, à ce qui a été dit aux titres de l'*Absence* et de la *Tutelle*.

Si, en cas d'absence, il y a un époux commun en biens, la loi lui permet d'empêcher l'envoi provisoire en optant pour la continuation de la communauté. Quels sont, dans ces cas, les droits de l'époux, soit sur la communauté, soit sur les biens propres du conjoint absent? Peut-il hypothéquer? Nous avons examiné ces questions au titre qui est le siége de la matière.

Lorsque les ayants droit demandent l'envoi en possession définitif, ils se partagent les biens de l'absent, et la loi les considère comme propriétaires à l'égard des tiers; alors même que l'absent vivrait encore, il doit respecter les actes de disposition faits par les envoyés, tels que les hypothèques par eux concédées.

486. Le tuteur est un mandataire légal par excellence, puisque la loi dispose qu'il représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450). Toutefois il ne peut hypothéquer les immeubles de son pupille qu'avec autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal (art. 457 et 458). De plus la loi limite les causes pour lesquelles l'autorisation pourra être accordée : il faut qu'il y ait nécessité absolue ou avantage évident. Nous renvoyons, pour les détails, au titre de la *Tutelle*.

L'interdit est assimilé au mineur en ce qui regarde l'administration de ses biens. C'est pour enlever à l'aliéné une gestion dont il est incapable que la famille a le droit de provoquer son interdiction; on applique, par conséquent, au tuteur de l'interdit ce que nous avons dit du tuteur des mineurs (art. 509). Si les aliénés sont colloqués dans un hospice ou une maison de santé, la loi confie l'administration de leurs biens à un administrateur; nous avons expliqué la loi de 1850 dans un appendice au titre de la *Tutelle*.

Il y a encore un administrateur légal que la doctrine et la jurisprudence assimilent au tuteur, c'est le père, qui, pendant le mariage, est chargé d'administrer les biens de ses enfants mineurs. Nous avons examiné ailleurs les difficultés que présente l'administration du père et, par suite, la question de savoir s'il peut hypothéquer.

487. Le mari administre les biens de la communauté, et il est administrateur des biens de la femme. Nous avons dit, au titre du *Contrat de mariage*, que le mari peut aliéner et hypothéquer les biens de la communauté, dont il est considéré comme seigneur et maître (art. 1421); tandis qu'il ne peut aliéner les immeubles personnels de la femme sans son consentement (art. 1428); d'où suit qu'il ne peut pas les hypothéquer, puisque le droit d'hypothéquer est subordonné à la capacité d'aliéner (art. 2124; loi hyp., art. 73). Il est dérogé à la rigueur de ce principe dans la clause d'ameublissement (n° 464). Sous le régime dotal, les biens de la femme ne peuvent être ni aliénés ni hypothéqués; toutefois le mari peut devenir propriétaire des immeubles dotaux (art. 1552, 1553); il va sans dire que, dans ce cas, il en peut disposer et, par conséquent, les hypothéquer.

N° 2. IL FAUT AVOIR LA CAPACITÉ D'ALIÉNER.

488. Aux termes de l'article 73 (code civil, art. 2124), « les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent ». C'est une application du

principe que l'hypothèque est un démembrement de la propriété et, par conséquent, une aliénation partielle; or, pour aliéner, il ne suffit pas d'être propriétaire, il faut aussi avoir la capacité de disposer de ses biens. Il y a des propriétaires qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas aliéner : l'incapacité d'aliéner entraîne celle d'hypothéquer. Il en serait ainsi alors même que les incapables auraient le pouvoir de s'obliger, car la loi exige plus que la capacité de s'obliger pour pouvoir hypothéquer; elle veut que celui qui hypothèque soit capable d'aliéner. Au premier abord, on pourrait croire que la capacité de s'obliger devrait suffire pour pouvoir hypothéquer; il y a un de nos bons auteurs qui le dit (1). C'est une erreur, que le texte de la loi condamne, puisque le code exige formellement la capacité d'aliéner. Il est vrai que celui qui s'oblige oblige ses biens (art. 2092, 2093; loi hyp., art. 7 et 8), et, par suite, les aliène indirectement, en ce sens qu'il donne à ses créanciers le droit d'en poursuivre l'expropriation; s'il peut les aliéner indirectement en s'obligeant, pourquoi ne pourrait-il pas les aliéner partiellement en les hypothéquant? Le créancier hypothécaire n'a pas un droit plus étendu sur les biens hypothéqués que le créancier chirographaire en vertu du droit de gage que la loi lui donne. Donc, dit-on, le droit de s'obliger implique le droit d'hypothéquer. Nous répondons que telle n'est point la théorie de la loi, et elle a eu de bonnes raisons pour ne pas la consacrer. Autre chose est le gage général des articles 2092 et 2093 (loi hyp., art. 7 et 8), autre chose est l'hypothèque. Celui qui donne un immeuble en hypothèque démembre son droit de propriété; il ne peut plus ni jouir ni administrer comme un propriétaire, il aliéne une fraction de son droit; tandis que celui qui s'oblige peut, malgré le gage que la loi confère à ses créanciers, disposer librement de ses biens, dont il conserve la pleine et entière propriété. Ainsi s'obliger n'est pas aliéner actuellement; hypothéquer, au contraire, c'est aliéner. De là suit que le pouvoir de s'obliger n'implique pas le pouvoir d'hypothéquer. Cette différence

(1) Duranton, t. XIX, p. 507, n° 343, et p. 513, n° 347.

entre le droit de s'obliger et le droit d'hypothéquer est aussi fondée en raison. Le droit d'hypothéquer est beaucoup plus dangereux que le droit de s'obliger; en effet, il facilite à celui qui veut s'obliger les moyens de contracter des dettes; et, comme il s'agit d'incapables, il faut, loin de leur faciliter les moyens de s'obliger et, par suite, de se ruiner, entraver une liberté qui leur deviendrait funeste. Le législateur a donc bien fait de leur défendre d'hypothéquer, tout en leur permettant de s'obliger pour les besoins de leur administration. Cela ne les empêchera pas d'hypothéquer, s'il y a avantage pour eux ou nécessité de le faire. Mais ils ne pourront hypothéquer qu'en observant les conditions et les formes que la loi établit pour les protéger contre leur incapacité.

489. Dans notre droit, les mineurs et les interdits, qui leur sont assimilés, n'agissent pas par eux-mêmes; ils ont un représentant légal qui agit pour eux. On ne peut donc pas dire que les mineurs n'ont point la capacité d'hypothéquer : ils n'ont aucune capacité, puisqu'ils n'ont pas l'exercice de leurs droits. Il faut demander quels sont les droits du tuteur, qui les représente dans tous les actes civils (art. 450). Nous avons répondu à la question (n° 486), en renvoyant au livre Ier du code civil, où est le siége de la matière (t. V, n° 93). Si un mineur hypothéquait, l'acte serait nul en la forme (art. 1311), et, par suite, le mineur en pourrait demander la nullité, en prouvant que les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées. Les principes sur l'action en nullité qui appartient au mineur ont été exposés au titre des *Obligations*. Il y a cependant un cas dans lequel les biens d'un mineur peuvent être grevés d'une hypothèque générale sans forme aucune, c'est quand le mineur se marie; cela peut encore arriver dans le cas où, par exception, un mineur gère la tutelle, ce que la loi n'admet que pour le survivant des père et mère; l'hypothèque légale n'exige pas le consentement du débiteur, c'est la loi qui l'établit, et elle l'établit sans la volonté du débiteur et, au besoin, malgré lui.

490. Le mineur émancipé a le pouvoir de s'obliger pour les besoins de son administration. En faut-il conclure qu'il

a le droit de consentir des hypothèques pour la garantie des obligations qu'il contracte? Nous venons de répondre à la question en termes généraux (n° 488), et nous y avons répondu ailleurs plus spécialement en ce qui concerne le mineur (t. V, n° 233). Nous croyons inutile d'insister. Si les interprètes avaient plus de respect pour la loi, la question n'aurait jamais été soulevée, car il y a deux textes qui la décident, l'article 2124 (loi hyp., art. 73) et l'article 484; il ne reste qu'à donner les motifs qui justifient la loi, c'est ce que nous venons de faire (n° 488) (1).

490 *bis*. Le code de commerce consacre une exception à ces principes en faveur des mineurs commerçants; ils peuvent, en vertu de l'autorisation générale qui leur est donnée de faire le commerce, hypothéquer leurs immeubles; mais ils restent incapables de les aliéner, sauf en remplissant les formalités et les conditions exigées par la loi civile (art. 6). On conçoit la raison de cette exception; les mineurs commerçants ont une capacité plus grande que les mineurs émancipés en général : ils peuvent s'obliger non-seulement pour l'administration de leurs biens, ils peuvent s'obliger pour les besoins de leur commerce; loin d'entraver ce droit, la loi a dû le favoriser, une fois qu'il est reconnu que le mineur a la capacité suffisante; or, l'hypothèque peut donner au mineur un crédit qu'il n'aurait point s'il n'avait le droit de fournir des garanties réelles à ses créanciers; la loi a donc dû lui permettre d'hypothéquer, bien qu'elle maintienne l'incapacité d'aliéner les immeubles. Cette distinction entre l'hypothèque et l'aliénation n'est pas très-juridique, et on peut ajouter que la défense d'aliéner les immeubles n'est pas très-logique, puisque le mineur a le pouvoir de disposer de valeurs mobilières beaucoup plus considérables; le législateur considère toujours les immeubles comme la portion la plus précieuse de la fortune des citoyens.

491. Les prodigues et les faibles d'esprit ne peuvent hypothéquer leurs biens (art. 499 et 513). Ici la loi reste fidèle aux principes : les personnes placées sous conseil ju-

(1) Comparez Martou, t. III, p. 79, n° 974. Pont, t. II, p. 50, n° 43.

diciaire ne peuvent aliéner, et, par suite, elles sont incapables d'hypothéquer (t. V, n° 364).

492. Les femmes mariées sont frappées d'une incapacité générale, par suite de la puissance maritale à laquelle la loi les soumet : la loi les déclare spécialement incapables d'aliéner et d'hypothéquer (art. 217). Leur incapacité, quoique générale, n'est pas absolue; il leur suffit de l'autorisation maritale pour aliéner et hypothéquer tous leurs biens. Quand elles hypothèquent, c'est d'ordinaire dans l'intérêt du mari; de sorte que celui-ci est intéressé à leur accorder l'autorisation. Il suit de là que l'autorisation n'est pas une garantie pour la femme, comme l'est l'intervention du conseil de famille pour le mineur. La seule garantie que la femme puisse avoir, c'est de stipuler le régime dotal sous lequel ses biens dotaux sont inaliénables et, par suite, ne peuvent pas être hypothéqués.

Il y a un régime qui donne une plus grande liberté à la femme, c'est la séparation de biens : la femme administre librement son patrimoine, et elle est capable de s'obliger pour les besoins de son administration. A-t-elle, dans ce cas, le droit d'hypothéquer ses immeubles pour la garantie des obligations qu'elle contracte? Non, car elle reste incapable d'aliéner ses immeubles sans autorisation (art. 1449, 1538); il faut donc lui appliquer le principe qui gouverne cette matière : incapable d'aliéner, elle est par cela même incapable d'hypothéquer. Elle est, sous ce rapport, dans la même situation que le mineur émancipé; elle peut s'obliger dans les limites de son pouvoir d'administration, et, en s'obligeant, elle engage ses biens; mais il ne lui est pas permis de les engager par voie d'hypothèque; nous en avons dit la raison (n° 488).

Les femmes commerçantes ont une capacité plus grande que celle des mineurs émancipés; le code de commerce leur permet d'aliéner et d'hypothéquer leurs immeubles (art. 7), à moins qu'elles ne soient mariées sous le régime dotal, qui rend les biens dotaux inaliénables. Il y a une raison de la différence que la loi établit entre les femmes et les mineurs. Ceux-ci sont incapables à raison de l'inexpérience de leur âge ; la loi a donc dû limiter la capacité

relative qu'elle leur donne. Les femmes, au contraire, sont capables; si la loi les frappe d'incapacité, c'est uniquement à cause de la puissance maritale; cette incapacité est couverte par l'autorisation; or, les femmes ne peuvent faire le commerce qu'avec autorisation, seulement cette autorisation est générale, tandis que, d'après le droit commun, elle doit être spéciale. L'autorisation devait donc suffire pour rendre la femme commerçante capable d'aliéner et d'hypothéquer.

493. Quand un incapable consent une hypothèque, l'acte est nul en la forme; ce qui donne à l'incapable une action en nullité fondée sur l'inobservation des formes prescrites par la loi. Les actes nuls peuvent être confirmés. C'est le droit commun. Quel est l'effet de la confirmation qu'un mineur consent après sa majorité, quant aux actes qu'il a faits avant de confirmer l'hypothèque? La question est controversée; nous l'avons examinée au titre des *Obligations* (1).

494. Il y a des incapacités spéciales concernant le débiteur insolvable. L'insolvabilité seule n'engendre pas l'incapacité d'hypothéquer; quoiqu'il ait plus de dettes que d'avoir, le débiteur conserve la libre disposition de ses biens, son droit de propriété n'est restreint que dans les cas prévus par la loi. Il faut distinguer entre le débiteur civil et le débiteur commerçant.

Le débiteur en déconfiture n'est frappé d'aucune incapacité; il peut hypothéquer ses biens et avantager par là un de ses créanciers aux dépens des autres; ceux-ci ont seulement le droit d'agir en nullité par voie d'action paulienne. Il arrive cependant un moment où le débiteur insolvable ne peut plus disposer de ses biens. La loi du 15 août 1854 sur l'expropriation forcée contient à cet égard la disposition suivante (art. 27) : « Le débiteur ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie ou du commandement, aliéner ni hypothéquer les immeubles saisis ou indiqués au commandement, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer. » Le débiteur saisi reste

(1) Comparez Martou, t. III, p. 80, n° 979; Pont, t. II, p. 52 n° 616.

propriétaire des biens dont les créanciers poursuivent l'expropriation; il devrait donc avoir le droit de les aliéner; mais, de leur côté, les créanciers exercent un droit, et il ne peut pas dépendre du débiteur d'arrêter les poursuites et de les entraver, en aliénant l'immeuble saisi. Voilà encore un cas où le propriétaire ne peut pas hypothéquer. La loi déclare même l'hypothèque nulle de plein droit; c'est une exception au droit commun et une exception unique. Quelle en est la raison? en quel sens faut-il l'entendre? quels sont les effets de la nullité? Ces questions sont étrangères à notre travail; nous renvoyons le lecteur à l'excellent commentaire que notre regretté collègue M. Waelbroeck a publié sur la loi de 1854 (1).

495. Quelle est la situation du débiteur insolvable qui fait abandon de tous ses biens à ses créanciers? Un auteur répond que le débiteur ne peut *évidemment* constituer hypothèque sur les immeubles par lui abandonnés (2). S'il était permis de parler d'évidence dans une matière controversée, il faudrait dire que l'opinion contraire est évidente. Il est de principe que le contrat d'abandonnement ne transporte pas aux créanciers la propriété des biens que le débiteur leur cède; quant à la cession judiciaire, la loi dit formellement qu'elle n'est point translative de propriété. Si la cession ne transporte pas la propriété aux créanciers, il s'ensuit que le débiteur reste propriétaire; dès lors il doit avoir le droit d'hypothéquer, à moins que la loi ne le frappe d'incapacité; or, la loi ne le déclare pas incapable, ce qui décide la question.

Un autre auteur semble dire que le débiteur cesse d'être propriétaire quoique la propriété ne soit pas transmise aux créanciers : les biens sont vacants, dit Tarrible, on leur nomme un curateur (3). En supposant que les biens soient vacants, parce qu'on nomme un curateur, cela ne prouverait pas que le débiteur a cessé d'être propriétaire : on nomme aussi un curateur à l'immeuble que le tiers déten-

(1) Waelbroeck, t. II, p. 270, n°s 13-16. Il faut ajouter deux arrêts de la cour de Liége, du 6 août 1859 et du 3 mai 1871 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 178; 1871, 1, 283).
(2) Pont, t. II, p. 58, n° 621.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*, § IV, n° 6.

teur délaisse, sur la poursuite des créanciers hypothécaires; néanmoins il est certain que le tiers détenteur en reste propriétaire. Là n'est pas la vraie difficulté. L'abandon que le débiteur fait à ses créanciers donne à ceux-ci le droit de faire vendre les biens; peut-il entraver ce droit en aliénant ou en hypothéquant les biens abandonnés? Nous avons répondu ailleurs à la question. La cession implique un mandat, et le débiteur ne peut rien faire qui porte atteinte au pouvoir qu'il a donné à ses créanciers de vendre (t. XVIII, n° 225). Donc à l'égard des créanciers, le débiteur ne peut pas hypothéquer. Et à l'égard des tiers, il conserve le droit d'hypothéquer. Comment concilier ces deux droits qui sont contradictoires? Le débiteur ayant le droit d'hypothéquer, le créancier hypothécaire peut faire valoir son droit contre les créanciers auxquels abandon a été fait des biens. De leur côté, ceux-ci ne peuvent-ils pas demander la nullité de l'hypothèque que le débiteur a consentie au préjudice de leurs droits? Ils ont l'action paulienne, mais cette action ne leur est guère profitable, car ils doivent prouver que le tiers créancier est complice de la fraude; de sorte que l'hypothèque subsistera si le créancier hypothécaire est de bonne foi. Ne peut-on pas dire que les créanciers ont le droit d'agir en nullité sans être tenus de prouver la fraude? C'est l'opinion que nous avons énoncée au titre des *Obligations*. Il y a un doute, c'est que si l'on permet aux créanciers d'agir en nullité, le tiers créancier hypothécaire perdra son droit, sans qu'on puisse lui reprocher aucune imprudence; on suppose qu'il a traité dans l'ignorance de la cession (1). Cette objection nous touche peu. Ce n'est pas le cas d'appliquer les principes de l'action paulienne; si la loi exige la fraude pour que les créanciers puissent attaquer les actes faits par leur débiteur, c'est parce que le débiteur conserve la libre disposition de ses biens; il ne s'est pas engagé envers ses créanciers à ne pas hypothéquer; tandis que le débiteur qui a fait cession de ses biens a pris cet engagement, il n'est

(1) C'est la raison pour laquelle Aubry et Rau se sont prononcés en faveur du créancier hypothécaire (t. III, p. 272, et notes 38 et 39, § 266).

plus dans la position d'un propriétaire libre de disposer de ses biens, il a abdiqué cette liberté; ceux au profit desquels il l'a abdiquée doivent avoir le droit d'attaquer les actes qu'il fait au mépris de leurs droits. Ici est le vrai nœud de la difficulté. Quelle est la nature du droit que la cession donne aux créanciers? Ce n'est pas un droit réel, puisqu'ils ne sont pas propriétaires, et il ne peut être question d'un démembrement de la propriété. La cession est un contrat qui n'engendre que des droits de créance. C'est un mandat donné aux créanciers dans leur intérêt; or, le mandat ne donne aux mandataires qu'un droit personnel contre le mandant, il ne leur donne aucun droit dans la chose. Dans l'espèce, les créanciers mandataires n'ont qu'une action personnelle contre le débiteur qui leur a fait cession de ses biens; ils n'ont pas de droit dans les biens abandonnés. Dès lors ne faut-il pas décider qu'ils n'ont aucune action contre les tiers acquéreurs ni contre les tiers créanciers hypothécaires? Les tiers sont étrangers au contrat de cession, donc les parties ne peuvent pas le leur opposer. L'opinion contraire, que nous avons soutenue au titre des *Obligations*, est plus conforme à l'équité et à l'intérêt des tiers; mais il faudrait un texte pour la consacrer. En définitive, il y a lacune dans la loi; nous la signalons au législateur.

496. Le débiteur failli ne peut plus faire un acte de disposition après le jugement déclaratif de faillite. Il est dessaisi de l'administration de ses biens dans l'intérêt de la masse; par suite il ne peut plus hypothéquer ses biens au préjudice des créanciers de la faillite. La loi va plus loin : elle déclare nulles, à l'égard de la masse, les hypothèques conventionnelles constituées sur les biens du failli depuis l'époque déterminée par le jugement déclaratif de faillite, comme étant celle de la cessation des payements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque (loi du 18 avril 1851, art. 445). Nous renvoyons, quant aux détails, au droit commercial.

§ VIII. *De la spécialité des hypothèques conventionnelles.*

N° 1. PRINCIPE.

497. Dans l'ancien droit, l'hypothèque conventionnelle était générale : tout contrat passé devant notaire donnait au créancier une hypothèque sur tous les biens de son débiteur, présents et à venir. L'hypothèque était tout ensemble occulte et générale, tandis que, dans notre droit moderne, elle est publique et spéciale : ce sont les deux bases de notre régime hypothécaire. Nous avons dit ailleurs que les anciens jurisconsultes ont déjà critiqué le système romain de la clandestinité des hypothèques; toutefois le principe de publicité eut de la peine à pénétrer dans les esprits nourris dans le respect de la tradition; d'Aguesseau se fit le défenseur de l'hypothèque occulte qui était en opposition complète avec les besoins de la société moderne. La spécialité a une liaison intime avec la publicité; celle-ci serait incomplète et insuffisante si elle ne reposait sur la spécialité qui détermine les biens hypothéqués et la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque est établie. L'intérêt que les tiers ont à connaître les biens qui sont grevés d'hypothèques, et le montant de la créance au payement de laquelle ils sont affectés, est d'une telle évidence qu'on ne pouvait guère le nier. Loyseau en fit la remarque dans son *Traité du déguerpissement;* mais il ne voyait aucun inconvénient à la généralité de l'hypothèque, en ce qui concerne le débiteur : il est bien raisonnable, dit-il, de le faire bon payeur par tous moyens (1). Cela n'est point exact. Il n'est pas nécessaire que l'hypothèque soit générale, pour qu'elle donne au créancier une garantie complète; il suffit que l'hypothèque soit établie sur des biens qui aient une valeur suffisante pour assurer le payement de la créance et des frais. Quant au débiteur, il est aussi intéressé que les tiers à ce que l'hypothèque ne grève que les biens qui sont nécessaires à la garantie du créancier; car son crédit est altéré

(1) Loyseau, *Du déguerpissement*, liv. III, ch. I, nos 14 et suiv.

par cela seul que ses biens sont couverts d'inscriptions, tandis que si l'inscription ne porte que sur des biens déterminés, il conserve un crédit proportionné aux biens qui restent libres. Or, le crédit des propriétaires est la base de la richesse publique. La spécialité est donc d'intérêt général, et en ce qui concerne le débiteur et en ce qui concerne les tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires. Si Loyseau n'a pas compris cet intérêt, c'est que la puissance de la tradition domine les meilleurs esprits (plus haut, nos 161-172).

498. La révolution rompit avec la tradition; par cela même elle était disposée à innover dans le domaine du droit privé aussi bien que sur le terrain politique. Ainsi s'expliquent les lois de messidor an III et de brumaire an VII, qui fondèrent le régime hypothécaire sur ses vraies bases, la spécialité et la publicité, sans tenir aucun compte de la tradition romaine, que le législateur révolutionnaire était plutôt disposé à dédaigner. Mais la réaction contre la révolution ne tarda pas à éclater : le consulat prépara l'empire. Les auteurs du projet de code civil revinrent à la tradition française; ils posaient comme principe que l'hypothèque conventionnelle s'étendrait sur les biens présents et futurs du débiteur, à moins de stipulation contraire. Heureusement que la cour de cassation se prononça avec force pour le système de la loi de brumaire (1). La spécialité fut consacrée par le code civil, toutefois avec de notables restrictions; les hypothèques légales et judiciaires étaient générales, et l'hypothèque conventionnelle elle-même pouvait s'étendre aux biens à venir, en cas d'insuffisance des biens présents. Ainsi la spécialité était incomplète de même que la publicité. Le législateur belge, plus logique, revint aux vrais principes, tels que la loi de brumaire les avait formulés : notre loi hypothécaire soumet à la publicité et à la spécialité les hypothèques légales des incapables, elle abolit l'hypothèque judiciaire, et elle rejette l'hypothèque conventionnelle des biens futurs. Rien de plus mauvais que les lois qui cherchent à concilier des

(1) Observations du tribunal de cassation, dans Fenet, t. II, p. 615 et suiv.

principes contraires, la spécialité et la généralité des hypothèques, la publicité et la clandestinité : on transige sur des intérêts, on ne transige pas sur des principes, parce que les principes, c'est la vérité relative, telle qu'il est donné à l'homme de la connaître, et quand on connaît la vérité, on a le devoir de la proclamer.

499. La spécialité prépare la publicité, mais il faut se garder de confondre ces deux bases de notre régime hypothécaire. On peut s'y tromper, et la jurisprudence n'a pas toujours évité l'écueil. Il y a un premier point sur lequel il n'y a aucun doute. La loi belge, de même que le code civil, veut que l'acte notarié qui constate le contrat spécialise l'hypothèque, et elle veut aussi que l'inscription soit spéciale. Est-ce à dire que la spécialité du contrat d'hypothèque ne serve qu'à préparer la spécialité de l'inscription? S'il en était ainsi, la spécialité de l'inscription serait le but, et la spécialité de l'acte notarié serait le moyen; d'où suivrait que le but de la spécialité serait atteint dès que l'inscription spécialiserait l'hypothèque, quand même le contrat d'hypothèque aurait omis de la spécialiser, ou ne l'aurait pas spécialisée suffisamment. Les textes du code repoussent cette interprétation. Il y a deux principes, la spécialité et la publicité, et quoique ces principes concourent au même but, ils sont distincts et ils diffèrent. L'article 78 porte : « *Il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable* que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels le débiteur consent l'hypothèque. » Ainsi l'hypothèque est nulle quand l'acte notarié ne spécialise pas les immeubles sur lesquels elle est établie. Elle est encore nulle, d'après l'article 80, quand l'acte ne détermine pas la somme pour laquelle elle est consentie. Or, l'hypothèque nulle ne produit aucun effet. Vainement le créancier, au moment où il prend inscription, spécialiserait-il les biens et la somme, l'inscription serait inopérante, car elle serait prise en vertu d'un droit qui n'existe point. En effet, l'inscription n'est que la manifestation de l'hypothèque, qu'elle rend publique dans l'intérêt des tiers; elle suppose donc un droit préexistant qu'il s'agit de conserver, comme la loi le dit de la publicité des privi-

léges; là où il n'y a pas de droit, l'inscription ne peut rien conserver; si elle est prise, elle est faite sans droit, le propriétaire des biens indûment grevés en peut demander la radiation, et le tribunal doit la prononcer (art. 95; code civil, art. 2160). La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1).

Si l'inscription, quoique régulière, ne valide pas l'hypothèque nulle par le défaut de spécialité, il est d'évidence que la validité de l'hypothèque n'empêche pas l'inscription d'être nulle quand elle ne spécialise pas suffisamment les immeubles et la créance; les tiers ne consultent pas l'acte notarié qui constitue l'hypothèque, ils consultent le registre qui la rend publique; dès que l'inscription est irrégulière, et qu'il en résulte un préjudice pour eux, ils en peuvent demander la nullité, ce qui enlève son efficacité à l'hypothèque.

500. L'acte d'hypothèque peut être nul et l'inscription peut être nulle pour défaut de spécialité. Voilà, en apparence, une analogie complète; cependant il y a une différence et elle est grande. La loi hypothécaire établit le principe que l'irrégularité de l'inscription n'entraîne la nullité que lorsqu'il en résulte un préjudice au détriment des tiers (art. 85). Ce principe ne reçoit pas son application au défaut de spécialité dans le contrat d'hypothèque; il suffit que l'acte ne spécialise pas l'hypothèque pour que l'hypothèque soit nulle; les articles 78 et 80 (code civil, art. 2129 et 2132) ne subordonnent pas la nullité de l'hypothèque à un préjudice qui en résulte pour les tiers; par cela seul que l'hypothèque n'a pas été spécialisée, elle est nulle. La raison de cette différence tient à la différence des deux principes de spécialité et de publicité. L'hypothèque n'est valable qu'à la condition d'être spéciale; quant à la publicité, elle n'est pas requise pour la validité de l'hypothèque; elle suppose, au contraire, que l'hypothèque est valable, elle en subordonne seulement les effets à l'inscription. La publicité est destinée à éclairer les tiers; si elle est insuffi-

(1) Pont, t. II, p. 109, n° 672. Cassation, 8 février 1810 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1292); Rejet, 18 décembre 1822 (Dalloz, *ibid.*, n° 1296), et Rejet, 26 avril 1852, chambre civile (Dalloz, 1852, 1, 131).

sante et que, par suite, les tiers soient induits en erreur, ils peuvent demander la nullité de l'inscription en prouvant que l'irrégularité leur a causé préjudice. Il n'en est pas de même de l'irrégularité de l'acte d'hypothèque; ce n'est pas une question de préjudice, car les tiers ne traitent pas après avoir consulté l'acte; le plus souvent ils ne le connaissent point; c'est une question de validité d'un acte que la loi assujettit à des conditions et à des formes dans un intérêt général.

501. L'hypothèque doit être spécialisée quant aux immeubles qui en sont grevés et quant à la créance pour la garantie de laquelle elle est consentie. Nous en avons dit la raison.

N° 2. DE LA SPÉCIALITÉ QUANT AUX BIENS.

502. En quoi consiste la spécialité quant aux biens? L'acte notarié doit déclarer spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance (art. 78; code civil, art. 2129). Il faut que la spécialisation se fasse par acte notarié : le débiteur doit déclarer quels biens il hypothèque, et cette déclaration doit se trouver « soit dans le titre authentique constitutif de la créance, soit dans un acte authentique postérieur », c'est-à-dire dans le contrat d'hypothèque, quand il est distinct du contrat principal, et, à la rigueur, dans un acte séparé, qui spécialiserait les immeubles, acte qui serait la suite de celui qui a constitué l'hypothèque et le complément. Il va de soi que l'hypothèque n'existerait, dans ce cas, qu'à partir de l'acte qui a complété le contrat. Pourquoi la loi veut-elle que la spécialisation se fasse dans la forme authentique? C'est une conséquence de la solennité de l'acte. Tous les éléments du contrat doivent être solennels (n° 438), donc aussi la spécialité. Si la spécialisation se faisait par acte sous seing privé, elle serait nulle en la forme, par conséquent, non existante, d'où suivrait que l'hypothèque aussi serait inexistante.

La loi ajoute que le débiteur ne peut déclarer que les

biens qui lui appartiennent actuellement. Nous avons expliqué ce principe en exposant les conditions de capacité requises pour que le débiteur puisse hypothéquer (nos 475 et 476) : il n'est pas nécessaire que le débiteur possède les biens au moment où il les hypothèque; il suffit qu'il ait une action en vertu de laquelle il sera déclaré propriétaire.

Sur quoi doit porter la déclaration? L'acte doit déclarer la *nature* et la *situation* de *chacun* des immeubles que le débiteur hypothèque; et l'article 78 veut que cette déclaration soit *spéciale*. La loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par *nature* des biens; l'article 2148, qui règle les formalités de l'inscription, se servait du mot *espèce;* la loi belge (art. 83) emploie le mot *nature* dans tous les articles qui concernent la spécialisation. On lit dans un arrêt de la cour de cassation que par ce mot la loi entend l'état de la superficie des immeubles, c'est-à-dire le mode de leur exploitation; ce qui revient à dire que l'acte doit désigner les bâtiments, cours, jardins, terres labourables ou incultes; et cette désignation doit se faire pour *chacun* des immeubles; en ce sens, elle sera *spéciale,* comme la loi le veut(1). La *situation* est plus facile à définir; s'agit-il d'un bâtiment situé dans une ville, ou dans une commune rurale, où les maisons portent un numéro, l'acte indiquera la commune, la rue et le numéro. Là où il n'y a ni rues ni numéros, l'acte devra déterminer la situation de manière que l'immeuble hypothéqué soit clairement désigné; si le bien a un nom, comme cela est d'usage à la campagne, le notaire l'indiquera; c'est le meilleur moyen de le faire connaître, mais cela ne dispense pas le notaire d'indiquer la *situation* d'une manière *spéciale :* c'est la disposition formelle de la loi, et elle est prescrite à peine de nullité (2).

503. L'application de la loi concernant les indications qui constituent la spécialité a donné lieu à de nombreuses difficultés. Quand y a-t-il spécialisation suffisante? Si les interprètes s'en tenaient au texte de la loi, la solution serait très-facile, car l'article 2129 (loi hyp., art. 78) est

(1) Cassation, 20 février 1810 (Dalloz, au mot *Privilèges*, no 1292).
(2) Duranton, t. XIX, p. 580, no 373.

très-clair. Malheureusement les juges aiment à décider en fait; et quand l'application littérale de la loi leur paraît trop rigoureuse, ils cherchent à l'éluder. Il y a des auteurs qui approuvent ce système d'indulgence et qui accusent de chicane et d'esprit de pointille ceux qui appliquent la loi telle qu'elle est, sans se soucier des conséquences rigoureuses qui en résultent. Troplong oublie que c'est faire le procès à la loi que de s'écarter de ce qu'elle prescrit, et que le devoir du juge est d'appliquer la loi, qu'il ne lui appartient pas de la juger. C'est notre principe d'interprétation, et nous n'en connaissons pas d'autre qui se concilie avec le respect que l'interprète doit à la loi (1). Nous dirons plus loin que les auteurs de la loi belge ont consacré ce principe, en maintenant la rigueur du code civil en cette matière.

504. Le contrat porte que l'hypothèque est constituée sur tous les biens que le débiteur possède dans l'étendue de telle commune. Est-ce là la spécialité voulue par la loi? Il suffit de comparer le contrat avec le texte pour se convaincre que la loi n'est pas observée : loin d'indiquer la *nature* des biens sur lesquels le débiteur consent une hypothèque, l'acte est absolument muet sur la nature des biens hypothéqués; c'est ce qu'a dit la cour de cassation en cassant un arrêt qui avait validé l'hypothèque (2). La cour l'a jugé ainsi à plusieurs reprises d'après la loi du 11 brumaire an VII, et, chose remarquable, cette loi était moins rigoureuse que le code Napoléon; elle portait (art. 4) : « Toute stipulation d'hypothèque doit indiquer la *nature* et la situation des immeubles hypothéqués. » Le code civil a ajouté à ce texte deux mots décisifs : l'acte doit déclarer *spécialement* la nature et la situation de *chacun* des immeubles sur lesquels le débiteur consent hypothèque. C'est dire que la spécialisation doit être individuelle. Cela résulte encore de la phrase qui suit dans l'article 2129 : « *Chacun* de tous ses biens présents peut être *nominativement* soumis à l'hypothèque. » Ces mots n'ont pas été re-

(1) Troplong, t. II, n° 536, 2°.
(2) Cassation, 23 août 1808 et 20 février 1810 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1292).

produits par la loi belge, non que le législateur ait entendu s'écarter de la rigueur du code civil, il a manifesté la volonté toute contraire; si cette partie de l'article 2129 a été omise, c'est qu'elle était inutile; toujours est-il qu'elle précisait encore davantage ce que la loi entend par spécialité : chaque immeuble hypothéqué doit être désigné séparément, par la nature de son exploitation et par sa situation. Toute autre désignation est insuffisante et entraîne la nullité de l'hypothèque.

La cour de cassation a maintenu sa jurisprudence quand elle a été appelée à décider la question d'après le code civil; mais la rédaction des arrêts manifeste une espèce de relâchement. Un arrêt de la cour de Caen avait annulé une hypothèque, par le motif que l'acte portait simplement que l'hypothèque était établie sur des maisons et terres situées dans l'arrondissement du bureau. Sur le pourvoi, la cour de cassation rendit un arrêt de rejet qui se borne à dire que la cour d'appel n'avait violé aucune loi (1); il fallait dire que l'arrêt attaqué avait fait une juste interprétation de l'article 2129.

Nous citerons encore un excellent arrêt de la cour d'Aix. L'acte portait que le débiteur hypothéquait les biens ruraux qu'il possédait dans les terroirs des deux communes et les maisons « dans l'enceinte desdits lieux ». On prétendait que cette spécialisation était suffisante. Non, dit la cour; c'est une désignation indéterminée de *biens ruraux* et de *maisons* qui ne fait pas connaître si les biens ruraux sont des terres arables, des bois, des prairies, des vergers ou des landes; si les maisons servent à l'habitation, ou si ce sont des magasins ou des fabriques. Si, ajoute l'arrêt, on pouvait vaguement hypothéquer tous les biens que l'on possède dans telle commune, on pourrait également le faire pour tous les biens que l'on possède dans tel arrondissement ou dans un tel département; ainsi interprétée, la spécialité ne serait qu'un vain mot (2).

505. Les cours d'appel ont presque toujours résisté à

(1) Rejet, 19 février 1828 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1292). Comparez Cassation, 26 avril 1852 (Dalloz, 1852, 1, 131).
(2) Aix, 30 août 1809 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1292).

une interprétation rigoureuse de la loi. Nous allons entendre leurs raisons. Un acte porte constitution d'hypothèque sur les biens situés dans l'étendue de telle commune, domicile du constituant. C'est déclarer suffisamment, dit la cour de Riom, quels sont les biens hypothéqués, parce que tous ceux qui, postérieurement à cet acte, traitaient avec le débiteur étaient prévenus que tous les biens qu'il possédait dans sa commune étaient grevés d'hypothèques (1). Cela n'est pas exact, car le débiteur pouvait acquérir de nouveaux biens dans la même commune ; comment les tiers auraient-ils distingué, dans ce cas, les biens qui étaient hypothéqués de ceux qui ne l'étaient pas? La cour oublie d'ailleurs l'intérêt du débiteur : quel crédit aura-t-il à raison des biens qu'il acquerra? Les tiers qui consulteront les registres du conservateur devront croire que tous les biens du débiteur sont grevés ; et pour savoir qu'il y en a de libres, ils devraient se livrer à des recherches, consulter des titres, les discuter. Est-ce là ce qu'a voulu le législateur en établissant le principe de spécialité?

Les cours semblent se préoccuper exclusivement de l'intérêt des tiers. On lit dans un arrêt de la cour de Nancy que les tiers intéressés n'ont pas été induits en erreur, puisque l'inscription prise sur les registres du conservateur leur a appris que tous les biens du débiteur étaient grevés d'hypothèque (2). En supposant que cela soit exact, la jurisprudence serait encore contraire à la loi. Elle confond l'inscription hypothécaire avec le contrat d'hypothèque ; nous avons fait ressortir les différences qui sont essentielles (n°s 499 et 500). Quand il s'agit de l'inscription, les cours ont raison d'examiner si la publicité donnée à l'hypothèque fait connaître suffisamment aux tiers quels biens sont grevés, ou si, à raison du défaut de spécialité, ils ont été induits en erreur, et si, par suite, l'inscription est ou non valable. Il en est tout autrement quand il s'agit du contrat d'hypothèque ; ici le juge est lié par un texte absolu,

(1) Riom, 15 avril 1826 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1292). Comparez Grenoble, 27 juillet 1829 (*ibid.*).

(2) Nancy, 30 mai 1843 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1292). Comparez Rennes, 2 juin 1824 (*ibid.*).

qui statue dans un intérêt général, celui du crédit immobilier, et qui exige, comme condition essentielle pour la validité de l'hypothèque, qu'elle soit spéciale. Et la loi détermine d'une manière précise en quoi consiste la spécialité : il faut une désignation individuelle et nominative de chaque immeuble hypothéqué; à défaut de cette spécialisation, l'hypothèque est nulle. Vainement les cours disent-elles que l'inscription, conforme à l'acte, a suffisamment fait connaître aux tiers quels sont les biens hypothéqués, et qu'il serait absurde d'annuler l'hypothèque pour défaut de spécialité, alors qu'elle est suffisamment spécialisée, en ce sens que l'intérêt des tiers est sauvegardé. Nous répondons que le reproche d'une rigueur excessive s'adresse au législateur; le texte est formel, il faudrait le changer pour justifier la jurisprudence; ce qui condamne la doctrine des arrêts. Il y a plus ; les cours ne tiennent aucun compte de l'un des motifs pour lesquels la loi a établi la spécialité : c'est le crédit du propriétaire, et cet intérêt est aussi celui de la société. La loi ne veut pas que le débiteur hypothèque en bloc tous les biens qu'il possède; elle veut que l'hypothèque ne grève que les biens nécessaires à la garantie du créancier; il n'y a qu'un moyen d'atteindre ce but, c'est d'appeler l'attention du débiteur sur chacun des immeubles qu'il donne en hypothèque, en l'obligeant à les désigner nominativement; il pourra se réserver ainsi des biens libres qui lui permettront de contracter de nouveaux emprunts. Les cours se sont donc trompées en considérant uniquement l'intérêt des tiers qui traitent avec le débiteur; le législateur a établi la spécialité dans un intérêt général; la loi est d'ordre public, dès lors le juge n'a qu'une chose à voir : l'acte répond-il, oui ou non, aux exigences précises de la loi? Si non, il doit annuler l'hypothèque (1).

506. Il y a une formule très-usitée qui, en apparence, respecte la loi et qui, en réalité, la viole. Le débiteur constitue une hypothèque « sur la maison, les bâtiments, cours, jardins, terres et vignes qui lui appartiennent dans telle

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 278, note 58, § 266. Pont, t. II, p. 110, n° 664.

commune ». Il y a des formules plus longues; Troplong dit que les notaires indiquent au hasard toute espèce d'immeubles; de sorte que le débiteur se trouve hypothéquer des espèces de biens qu'il ne possède point. La formule, c'est-à-dire le notaire, a l'air de se soumettre à la spécialité minutieuse que la loi exige, et, au fond, elle s'en rit et la réduit à une simagrée puérile. Troplong en conclut que l'énumération est inutile; nous en concluons qu'elle est insuffisante, et que si les notaires respectaient la loi, ils indiqueraient nominativement chacun des immeubles hypothéqués, en le spécialisant d'après sa nature et sa situation; ce qui ne leur permettrait pas de se rire de la loi. Cependant la jurisprudence se contente de cette simagrée; les arrêts se bornent à dire que l'acte portant que les immeubles hypothéqués consistent en maisons, prés et terres situés dans telle commune, remplit suffisamment le vœu de l'article 2129 (1). Ce n'est pas là motiver, c'est affirmer, et l'affirmation se trouve en opposition directe avec la loi.

La cour de cassation a prêté l'appui de son autorité à ce relâchement. Un contrat d'hypothèque porte que le débiteur affecte à la sûreté de l'ouverture de crédit « les entiers biens immeubles qu'il possède et dont il jouit, à quelque titre que ce soit, consistant en maisons et bâtiments divers, manufactures, ateliers, remises, pièces de terre labourables, vignes et autres natures de propriété; le tout situé sur le territoire de deux communes désignées à l'acte ». L'hypothèque attaquée fut maintenue par la cour de Montpellier. Pourvoi, rejeté par la chambre des requêtes. La cour de cassation dit, comme le font les cours d'appel, que l'énumération des divers immeubles hypothéqués a satisfait suffisamment aux prescriptions de la loi. Nous disons que c'est une énumération; et la loi veut plus, une spécialisation de *chacun* des immeubles indiquant nominativement la *nature* et la *situation*. Ainsi la cour déclare suffisante une spécialité que la loi déclare insuffisante. La cour ajoute que « le juge du fond, appréciant que les indications données par le titre

(1) Troplong, n° 536, 2°. Paris, 10 juin 1812, Metz, 21 mai 1813, Riom, 31 août 1816 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1294, 1°). Paris, 21 février 1850 (Dalloz, 1852, 5, 305).

étaient suffisantes *pour avertir les tiers* d'une situation qu'on ne voulait ni ne pouvait leur dissimuler, a fait des circonstances de la cause une appréciation souveraine qui ne tombe pas sous la censure de la cour de cassation (1) ». Nous reviendrons sur ce dernier point. Constatons seulement que la cour confirme l'erreur qui a entraîné les juges du fait en cette matière; si l'intérêt des tiers décide de la validité de l'hypothèque, il est inutile de discuter sur la spécialité de l'hypothèque; elle sera valable dès qu'il sera constaté que les tiers n'ont pas été induits en erreur. Reste à savoir si c'est là le sens de la loi. Nous croyons avoir démontré le contraire.

507. Les cours de Belgique et le législateur belge sont restés fidèles aux vrais principes. Un acte porte que deux époux constituent une hypothèque « sur la généralité des immeubles leur appartenant, situés à Habay-la-Neuve et sur le territoire de cette commune, consistant en deux maisons d'habitation sises sur la grande route et joignant ensemble, avec écuries, bâtiments et jardins y contigus; plus en terres labourables et prairies ». La cour de Liége dit très-bien que la désignation des immeubles hypothéqués était suffisante; mais, par cela même, celle des terres labourables et prairies ne l'était point; en effet, au lieu de déclarer *spécialement* la nature et la situation de *chacune* des terres et prairies, le titre ne les désignait que *généralement* et en *masse*. « Une telle désignation, dit la cour, peut d'autant moins suffire, dans l'espèce, qu'il ne s'agit point d'un corps d'exploitation portant une dénomination spéciale, mais de toutes parcelles distinctes et détachées (2). » Nous reviendrons sur ce dernier point.

Cette décision a été rendue sous l'empire de la nouvelle loi hypothécaire; la cour n'invoque pas les rapports qui l'ont précédée, et elle a bien fait, car le texte suffit, et c'est le texte qui décide et non la discussion. Toutefois il est bon de faire connaître l'opinion émise dans les rapports; c'est une autorité morale que l'on aurait tort de négliger

(1) Rejet, 12 mars 1867 (Dalloz, 1867, 1, 347). Comparez ejet, 25 novembre 1868 (Dalloz, 1869, 1, 149).
(2) Liége, 15 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 152).

dans une matière où la jurisprudence s'est si souvent écartée de la loi. On lit dans le rapport de la commission spéciale qui a préparé le projet de loi : « Le principe de la spécialité est consacré par l'article 2129. Mais la jurisprudence l'a interprété en sens divers. *Contrairement au vœu nettement exprimé dans la loi,* elle a été jusqu'à permettre d'hypothéquer tous les biens situés dans une commune désignée, sans autre spécialisation que celle de la nature de ces biens. *C'est là méconnaître l'esprit de la loi.* Cependant la *précision des termes* dont elle se sert ne peut laisser *aucun doute* sur sa volonté, et doit faire repousser une interprétation dont l'*erreur est évidente.* Aussi la commission propose-t-elle le maintien pur et simple de la première disposition de l'article 2129. »

La commission de la chambre des représentants s'est prononcée dans le même sens : « Elle est d'avis que, pour réaliser le système de spécialité dont les avantages sont reconnus, il faut s'en tenir à la teneur claire et précise de la loi; qu'en conséquence on ne pourrait considérer comme valable une constitution d'hypothèque frappant tous les biens que le débiteur possède dans une commune déterminée (1). »

L'interprétation est aussi précise que le texte; malheureusement elle n'a aucune autorité légale, c'est pour cela que nous avons cru devoir entrer dans le détail de la jurisprudence pour en faire une critique raisonnée. Toutefois l'opinion de la commission a laissé une trace dans la loi, et il importe de le constater, parce que l'argument de texte a plus d'importance que les doctrines professées dans les rapports. L'article 2148, qui détermine la spécialité de l'inscription, n'exige qu'une mention de l'*espèce* et de la situation des biens, sans reproduire la disposition plus rigoureuse de l'article 2129, qui exige de plus la désignation *spéciale* et *nominative* de la *nature* de *chaque* immeuble. On se prévalait de cette différence de rédaction pour expliquer l'article 2129 par l'article 2148. C'était très-mal

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 40); Lelièvre, Rapport (Parent, p. 144).

raisonner, car ces deux articles règlent deux conditions différentes, quoiqu'elles concourent l'une et l'autre au même but, la spécialité et la publicité. Le législateur belge a enlevé ce prétexte à la jurisprudence en reproduisant dans l'article 83 (code civil, art. 2148) les termes de l'article 78 (code civil, art. 2129); en effet, le n° 5 de l'article 83 porte que l'inscription doit contenir « l'indication *spéciale* de la *nature* et de la situation de *chacun* des immeubles sur lesquels l'inscrivant entend conserver son hypothèque ». Cette rédaction, en donnant une autorité légale à l'interprétation des auteurs de la loi, confirme ce que nous avons dit de la différence qui existe entre la publicité et la spécialité. L'inscription a pour objet de *conserver* l'hypothèque; elle suppose donc une hypothèque existante et efficace; c'est dire que la validité de l'hypothèque ne doit pas être déterminée par la validité de l'inscription. Celle-ci peut être valable, quand même elle ne spécialiserait aucunement l'hypothèque; tandis que l'hypothèque serait certainement nulle si l'acte se bornait à dire que le débiteur hypothèque tous ses biens.

508. Il se présente encore bien des doutes dans l'application du principe. Nous appelons sur ce point l'attention des notaires; c'est la rédaction insuffisante de leurs actes qui fait naître les procès, et cependant on leur a confié la rédaction des contrats d'hypothèque précisément pour en assurer la validité. Pourquoi ne s'attachent-ils pas à la lettre de la loi? C'est un moyen si simple de prévenir toute difficulté, et de se mettre en même temps à l'abri d'une action en responsabilité.

M. Lelièvre dit, dans son rapport : « Il est entendu que, s'il s'agit d'un domaine, corps de ferme ou métairie, il suffira d'en énoncer le *nom* et la situation, avec désignation des diverses parties qui les composent. » Le rapporteur invoque, à l'appui de cette interprétation, l'article 64 du code de procédure, qui est ainsi conçu : « En matière réelle, les exploits d'ajournement énonceront la *nature* de l'héritage, la commune et, autant que possible, la partie de la commune où il est situé, et deux au moins des tenants et aboutissants; s'il s'agit d'un domaine, corps de ferme ou

métairie, il suffira d'en désigner le *nom* et la *situation*. » Nous acceptons l'argumentation analogique pour ce qui regarde la *règle*, mais on ne peut pas l'admettre pour l'exception que la commission y veut apporter en ce qui regarde les domaines; il est certain que la disposition de l'article 64 est exceptionnelle, et l'interprétation de l'article 2129 (loi hyp., art. 78) que l'on propose serait aussi une exception; en effet, la loi ne distingue pas, elle comprend tous les *immeubles*, donc aussi les *domaines*; et elle veut que l'acte indique la *nature* de *chacun* des immeubles, et que cette indication soit *spéciale, nominative*. Dire que la désignation du *nom* suffit quand il s'agit d'un domaine, avec une indication *générale* des biens qui composent le domaine, c'est déroger à la loi, c'est faire une exception : et qui donne à l'interprète le droit de déroger à la loi?

Telle est cependant l'opinion généralement suivie. Tarrible l'a déjà proposée; il n'exige qu'une condition, c'est que les terres dépendantes, contiguës ou séparées soient clairement désignées. C'est une universalité de fait, disent les éditeurs de Zachariæ (1). Ce mot d'*universalité* fait un étrange contraste avec celui de désignation *spéciale;* dire que *chacun* des immeubles doit être *nominativement* désigné, n'est-ce pas exclure une dénomination générale? L'esprit de la loi s'y oppose aussi bien que le texte. Il arrive tous les jours que le propriétaire d'un domaine l'étend par de nouvelles acquisitions; si l'inscription, conforme à l'acte, porte sur tout le domaine, elle semblera comprendre ces acquisitions nouvelles, quoique en réalité elle ne les comprenne point. Comment distinguera-t-on la partie du domaine qui est hypothéquée de celle qui ne l'est point? L'incertitude que l'acte et l'inscription laissent subsister à cet égard est incompatible avec le principe de spécialité.

509. Il y a une autre difficulté plus grave. On enseigne et la jurisprudence admet que les juges du fait ont, en cette matière, un pouvoir d'appréciation qui échappe au contrôle de la cour de cassation. L'appréciation des tribunaux est souveraine quand ils décident en fait. Est-ce que la spécia-

(1) Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. III, p. 279, note 59, § 266

ité des hypothèques est une question de fait? Non, certes, puisque c'est un des principes fondamentaux du régime hypothécaire. Et la preuve que la cour de cassation n'entend pas abdiquer le contrôle qui lui appartient, c'est qu'elle a cassé des arrêts qui avaient validé l'hypothèque en décidant qu'elle était spécialisée dans l'acte, tandis que la cour suprême l'a annulée pour défaut de spécialité. Quand le premier juge décide en fait, la cour de cassation n'a pas de contrôle à exercer; il en est autrement quand il décide en droit. La loi veut que le titre désigne la *nature* de chaque immeuble, sans spécifier ce que l'on entend par nature; il va sans dire qu'il ne peut être question de termes sacramentels, alors que la loi ne dit pas ce qu'il faut entendre par la *nature* de l'immeuble. A plus forte raison en est-il ainsi de la situation de l'immeuble; ce qui est de droit, c'est que l'acte désigne la situation de chaque immeuble; en fait, le juge décidera si la désignation fait suffisamment connaître la situation. Mais il peut arriver que le juge donne à sa décision la couleur d'une appréciation de fait pour échapper à la censure de la cour suprême; dès que le jugement porte sur un point de droit, il est sujet à cassation (1).

Il s'agit de savoir si tels immeubles sont compris parmi ceux qui sont frappés d'hypothèque. La question, par elle seule, prouve que la loi n'a pas été observée; si les actes indiquaient *spécialement* la *nature* et la *situation* de *chaque immeuble* hypothéqué, de manière à individualiser chacun des biens que le débiteur a entendu hypothéquer, il ne s'élèverait jamais de difficulté sur les immeubles qui ont été donnés en hypothèque. On lit dans un arrêt de rejet: « que la difficulté se réduisait au point de savoir si les immeubles que l'on voulait soustraire à l'hypothèque étaient distincts, ou, au contraire, une dépendance des immeubles désignés; que c'est aux cours d'appel qu'il appartient de résoudre la question de savoir si la nature et la situation des biens sont suffisamment énoncées dans les titres, et si

(1) Pont, t. II, p. 113, n° 675. Aubry et Rau, t. III, p. 280, et notes 60 62, et les autorités qu'ils citent.

les biens sont individualisés *de manière à prévenir toute erreur de la part des tiers* (1). » La question, dans l'espèce, était de fait; mais, chose singulière, la cour en fait une question de droit, tout en s'en rapportant à l'appréciation du tribunal; car la controverse sur la spécialité de l'hypothèque roule précisément sur le point de savoir si la suffisance ou l'insuffisance des désignations portées en l'acte dépendent de l'intérêt des tiers. Voilà certes une question de droit; et, de ce chef, la cour de cassation aurait le droit de casser un arrêt qui validerait une hypothèque, par ce seul motif que la spécialisation n'a pas pu induire les tiers en erreur. Au lieu de redresser l'erreur des premiers juges, la cour suprême la fortifie de son autorité. Telle est la décision que nous avons rapportée plus haut en faisant nos réserves (n° 506). La cour de Montpellier avait validé une spécialisation conçue dans les termes que les auteurs de la loi belge ont répudiés comme étant évidemment contraires à la loi. Cependant la cour de cassation a confirmé l'arrêt attaqué, par le motif, que nous considérons aussi comme erroné, que le juge du fond avait apprécié souverainement que l'indication des biens donnée par le titre était suffisante *pour avertir les tiers*. Si l'on étendait jusque-là le pouvoir d'appréciation des tribunaux, il en résulterait qu'il n'y aurait plus de spécialité.

510. Nous avons dit plus haut (n° 499) que l'insuffisance de la spécialisation n'est point couverte par l'inscription qui serait conforme à la loi. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point. Cependant des auteurs très-exacts, MM. Aubry et Rau, enseignent qu'il en est autrement d'une désignation simplement insuffisante des immeubles compris dans une constitution d'ailleurs spéciale. Nous demanderons d'abord comment une constitution d'hypothèque peut être *spéciale*, alors que la désignation des immeubles est insuffisante; ce serait une spécialisation insuffisante, c'est-à-dire nulle, et, partant, l'hypothèque serait nulle; et l'inscription d'une hypothèque nulle peut-

(1) Rejet, 8 avril 1844 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1295, 2°). Comparez Rejet, 6 avril 1841 (*ibid.*), 10 février 1829 (Dalloz, *ibid.*, n° 1290).

elle valider l'hypothèque? Les éditeurs de Zachariæ ajoutent que le débiteur ne pourrait pas se prévaloir de ce vice, et que la nullité pourrait être réparée, quant aux tiers, à l'aide d'indications plus complètes données dans l'inscription. Sur quoi fonde-t-on cette exception, car il s'agit d'une exception? On cite un arrêt de la cour de Pau qui ne dit pas ce que les auteurs semblent lui faire dire, et qui, en tout cas, n'a aucune autorité, puisqu'il est contraire à la loi. L'acte litigieux portait que le débiteur hypothéquait les biens situés dans telle commune, *tels qu'ils étaient désignés et confrontés dans le cadastre* (1). Est-ce là une spécialité simplement insuffisante? Nous répondons, sans hésiter, avec les auteurs de la loi belge, qu'elle est nulle, comme contraire au texte formel de la loi. Ce que la cour ajoute pour valider la spécialisation ne fait qu'aggraver le vice qui l'entache. Il était facile, dit-elle, au créancier d'avoir une connaissance exacte et certaine des immeubles hypothéqués en recourant au cadastre, et le débiteur (c'est lui qui invoquait la nullité) ne peut pas se prévaloir d'une désignation insuffisante. L'arrêtiste a raison de dire qu'il y a là une double erreur. D'abord le débiteur peut demander la nullité de l'hypothèque pour défaut de spécialité, comme nous allons le dire; en effet, la spécialité ne concerne pas seulement le créancier, la loi en fait la base du régime hypothécaire; c'est dire qu'elle est essentiellement d'ordre public. En second lieu, l'article 2129 veut que la spécialisation se fasse dans le titre constitutif de l'obligation principale ou de l'hypothèque: de quel droit la cour permet-elle au rédacteur de l'acte de s'en rapporter au cadastre? L'inscription, dans l'espèce, ne spécialisait pas l'hypothèque, comme le supposent MM. Aubry et Rau; et quand elle l'aurait fait, nous leur demanderons aussi de quel droit ils font une exception à la loi, qui exige, comme condition d'existence de l'hypothèque, qu'elle soit spécialisée dans l'acte qui la constitue? Sur quelle loi, sur quel principe est fondée cette exception? et peut-il y en avoir sans texte dans une matière d'ordre public?

(1) Pau, 23 août 1834 (Dalloz, au mot *Rente constituée*, n° 202, 1°). Comparez la critique de Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1293.

511. Quelle est la conséquence du défaut de spécialité? En principe, il n'y a pas de doute. Notre loi hypothécaire n'admet que des hypothèques spéciales; donc dire qu'une hypothèque n'est pas spéciale, c'est dire qu'elle n'existe point, la loi ne la reconnaît pas. Le texte et l'esprit de la loi sont en ce sens. L'article 78 (code civil, art. 2129) porte qu'il n'y a d'hypothèque conventionnelle valable que celle qui déclare spécialement les biens sur lesquels elle est constituée. Il ne faut pas s'attacher au mot *valable* pour en induire que la spécialité est seulement requise pour la *validité* de l'hypothèque, et non pour son *existence;* cette terminologie appartient à l'école, elle est étrangère à la loi; ce que, dans le langage de l'école, on appelle *inexistant,* le code l'appelle *nul,* ou *nul de plein droit;* de même l'acte *valable* est celui qui a une existence aux yeux de la loi et qui, de plus, n'est entaché d'aucune nullité. Un acte qui n'est pas valable est donc celui qui ne produit aucun effet. L'esprit de la loi ne laisse guère de doute sur ce point. La spécialité est d'ordre public, elle est donc de l'essence de l'hypothèque; une hypothèque non spéciale n'est pas une hypothèque.

La doctrine est en ce sens; seulement il faut faire abstraction de la terminologie. Grenier commence par dire qu'une hypothèque générale est nulle, puis il dit qu'elle ne produirait aucun effet; ce sont les termes de l'article 1131, ils impliquent que l'hypothèque non spéciale n'a pas d'existence aux yeux de la loi. Martou enseigne que si la spécialité fait défaut ou est jugée insuffisante, l'hypothèque est *radicalement nulle,* comme manquant d'une des conditions substantielles de son *existence* (1). C'est bien là ce que l'on appelle un acte inexistant.

512. La jurisprudence ne se préoccupe guère des théories de l'école. Elle a cependant dû se prononcer sur la nullité radicale de l'hypothèque, quand il y a défaut ou insuffisance de spécialité. Il s'agit de savoir qui peut se prévaloir de la nullité ou de l'inexistence de l'hypothèque. Les tiers ont ce droit; cela n'est pas douteux, puisque dans la

(1) Grenier, t. I, p. 84, n° 65. Martou, t. III, p. 98, n° 999.

pratique on considère la spécialité comme établie surtout et presque exclusivement dans l'intérêt des tiers. Mais on demande si le débiteur peut agir en nullité. La solution dépend du caractère de la nullité; si l'on admet, comme nous l'avons dit, que l'hypothèque est inexistante, la conséquence sera que toute personne intéressée, donc le débiteur, pourra toujours opposer que l'hypothèque n'existe point. Quand même il y aurait nullité proprement dite, il faudrait encore décider qu'elle est absolue, puisqu'elle est d'ordre public; ce qui conduit à la même conséquence en ce qui concerne le débiteur (1). Mais si la spécialité n'a pour objet que de sauvegarder les intérêts des tiers qui traitent avec le débiteur, il faut en induire que la nullité est relative, et que, par suite, elle ne peut être opposée par le débiteur. Cette dernière opinion paraît l'emporter dans la jurisprudence.

La cour de Toulouse, en se prononçant contre le débiteur, invoque d'abord l'équité naturelle; à notre avis, il faut la mettre hors de cause lorsqu'elle est en opposition avec le droit; nous dirons plus loin quand on peut la concilier avec la rigueur des principes. Puis la cour dit qu'il est de règle que les nullités relatives ne peuvent être opposées que par ceux en faveur desquels la loi a introduit la disposition dont l'omission donne lieu à la nullité (2). Cela est très-vrai, mais reste à prouver que la nullité résultant du défaut ou de l'insuffisance de spécialité est relative. La jurisprudence, même celle de la cour de cassation, ne parle que de l'intérêt des tiers; nous avons d'avance prouvé que cette appréciation est incomplète; la loi tient compte de tous les intérêts, et tous les intérêts se confondent en un seul, celui de la société; ce qui décide notre question. Il y a un arrêt de la cour de Bourges en ce sens (3).

513. Quelle sera la conséquence de l'annulation de l'hypothèque, en ce qui concerne le créancier? Pourra-t-il

(1) Martou, t. III, p. 93, nº 999. Aubry et Rau, t. III, p. 280, note 63, § 266.

(2) Toulouse, 6 mars 1819 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 1299, 1º). Comparez Gand, 25 janvier 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 13).

(3) Bourges, 17 janvier 1816 (Dalloz, au mot *Priviléges*, nº 1300).

demander le remboursement de la créance ou une nouvelle hypothèque? La jurisprudence est divisée sur cette question, ainsi que les auteurs, la plupart la décident contre le créancier. Nous croyons, avec Persil, que le créancier a une action pour obtenir une hypothèque ou la résolution du contrat, et, par suite, le remboursement de sa créance (1). Persil invoque l'intention des parties contractantes; celle du prêteur a été certainement d'avoir une hypothèque qui lui assurât la restitution des deniers prêtés, et le débiteur n'a reçu les deniers que sous cette condition. Il y a donc engagement, et cette convention doit avoir son exécution. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi (2).

Troplong fait une objection que nous sommes étonné de voir reproduite par de bons auteurs. L'hypothèque est nulle, elle ne peut être remplacée par le seul fait du juge, car les jugements ne créent pas les conventions, ils les déclarent seulement. Et que fait-on ici? On force le débiteur à accorder autre chose que ce qu'il a promis. L'argumentation est d'une faiblesse extrême. Qu'est-ce que le débiteur a promis? Une hypothèque nulle? Il a voulu donner au créancier une garantie sérieuse, et c'est d'ordinaire en voulant la donner trop forte qu'elle se trouve nulle. Le débiteur constitue en hypothèque tous ses biens, sans rien spécialiser. Quel est le sens de cet engagement? C'est que le débiteur entend fournir au créancier une garantie aussi étendue que possible. Si cette hypothèque est nulle, dira-t-on que l'on ne peut pas forcer le débiteur à spécialiser, parce que ce serait le forcer à accorder autre chose que ce qu'il a promis? Cela n'a pas de sens, car c'est dire qu'il a promis une garantie nulle et que le créancier s'en est contenté. On dit que c'est la faute du créancier d'avoir stipulé ou du moins d'avoir accepté une hypothèque générale. Nous demanderons si ce sont les parties qui rédigent l'acte. Les parties veulent une garantie réelle, donc une hypo-

(1) Persil, t. 1, p. 442, art. 2129, n° I. Comparez Grenier, t. I, n° 67. En sens contraire, Martou, t. III, p. 99, n° 1000; Pont, t. II, p. 113, n° 678, et Troplong, n° 515.

(2) Bruxelles, 27 juin 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 412). En sens contraire, Aix, 16 août 1811 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1346).

thèque valable; c'est par la faute du notaire qu'elle est nulle, s'il avait fait connaître la loi aux parties contractantes, celles-ci auraient certainement spécialisé l'hypothèque. Leur intention n'est donc pas douteuse; la seule difficulté est de savoir si cette intention peut recevoir son exécution alors que l'hypothèque est nulle. On a dit que le contrat étant frappé d'une nullité radicale, il n'en peut résulter aucune action au profit du créancier. Cela est trop absolu. Le contrat d'hypothèque implique un engagement du débiteur de fournir une garantie hypothécaire, c'est sous cette condition que les parties contractent; au lieu d'une garantie réelle, le débiteur, sans le vouloir, fournit une garantie nulle. Qu'est-ce qui est nul? C'est l'hypothèque, ce n'est pas l'engagement de fournir une garantie, cet engagement subsiste : il serait non-seulement contraire à l'équité, il serait aussi contraire à la volonté des parties contractantes que le débiteur pût retenir les deniers alors qu'il ne remplit pas les conditions sous lesquelles ils lui ont été prêtés. Il faut donc qu'il remplisse cette condition en spécialisant l'hypothèque, ou qu'il rembourse les deniers qu'il a reçus.

Nº 2. CONSÉQUENCES DE LA SPÉCIALITÉ.

I. *De l'hypothèque des biens à venir.*

514. L'article 78 porte que les biens à venir ne peuvent pas être hypothéqués. C'est une conséquence évidente du principe de spécialité; puisque le débiteur ne peut hypothéquer que les biens qui lui appartiennent actuellement, il ne lui est pas permis d'hypothéquer des biens qu'il n'a pas encore. Quels seraient ces biens à venir? Ce ne peuvent être que des biens qui lui adviendront par succession. Ces biens ne sont qu'une espérance, et on n'hypothèque pas des espérances. Si le créancier s'en contente, ce sera à des conditions ruineuses pour le débiteur. Quels sont ceux qui escomptent ainsi l'avenir? Ce ne sont pas les bons pères de famille, ce sont les prodigues, qui dépensent à l'avance les biens qu'ils n'ont pas encore. Le législateur

ne devait pas favoriser ces ruineuses spéculations. Les principes de droit s'y opposent. Hypothéquer les biens à venir, c'est disposer des biens que l'on attend d'une succession future, c'est faire un pacte successoire. Ces pactes sont immoraux; parfois le législateur se résigne à les approuver, mais quand ces conventions sont funestes pour l'une des parties contractantes, il y a une raison de plus de maintenir la prohibition, en l'étendant, au besoin.

515. Le code civil établissait le même principe, mais il y admettait une exception, ainsi conçue (art. 2130) : « Néanmoins, si les biens présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sûreté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance, consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite y soit affecté, à mesure des acquisitions. » Pourquoi cette disposition n'a-t-elle pas été reproduite par le législateur belge? La commission spéciale en a proposé la suppression, d'abord parce qu'elle permettait au débiteur de constituer une hypothèque générale sur ses biens présents et à venir, par la simple déclaration que ses biens présents étaient insuffisants; ce qui est contraire à un principe fondamental de la loi nouvelle, qui abolit toute hypothèque générale, alors même que l'hypothèque est établie en faveur des incapables. On a dit, en faveur de l'exception consacrée par le code civil, qu'elle permettait au débiteur de se procurer sur ses biens à venir un crédit que ses biens actuels ne lui donnent pas, ce qui peut être un moyen de rétablir ses affaires. La commission répond que l'exception offre plutôt un aliment à la prodigalité et qu'elle favorise l'usure. Est-ce l'expérience qui a constaté ce fait, ou est-ce une simple crainte? Nous l'ignorons. M. Lelièvre dit, dans son rapport à la chambre, que l'expérience a démontré les inconvénients sérieux résultant de la faculté accordée au débiteur d'hypothéquer les biens à venir : elle favorise les passions sur lesquelles certains prêteurs ne craignent pas de spéculer (1). S'il en est

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 40 et suiv.). Lelièvre, Rapport (Parent, p. 144). Comparez Pont, t. II, p. 115, n° 681.

ainsi, le législateur a eu raison de prohiber d'une manière absolue l'hypothèque des biens à venir ; il ne doit pas offrir aux hommes des moyens de se ruiner.

II. *Du cas où l'hypothèque devient insuffisante.*

516. L'hypothèque spéciale présente un inconvénient, c'est que les biens qui, lors du contrat, étaient suffisants pour la sûreté du créancier, peuvent devenir insuffisants. Résulte-t-il de là un droit pour le créancier contre le débiteur? Oui, aux termes de l'article 79 (code civil, art. 2131), « si les immeubles affectés à l'hypothèque ont péri ou ont éprouvé des dégradations, de manière qu'ils soient devenus insuffisants pour la sûreté du créancier ». Celui-ci a, dans ce cas, le droit de réclamer le remboursement de sa créance. Au premier abord, le droit que la loi accorde au créancier paraît contraire à la loi du contrat. L'hypothèque a été stipulée ou acceptée par le créancier; le débiteur a donc rempli tous ses engagements. On conçoit que le créancier ait action contre lui quand, par son fait, le débiteur a diminué les sûretés que, par son contrat, il avait données au créancier ; c'est le cas prévu par l'article 1188; il perd le bénéfice du terme, parce qu'il manque à ses engagements : mais s'il les remplit, et que, par cas fortuit, les biens hypothéqués périssent ou soient dégradés, il n'y a aucun reproche à faire au débiteur. Cependant la loi décide, sans distinguer si le débiteur est en faute ou non, qu'il peut être contraint au remboursement. Il y a de cela une raison juridique qui est décisive, c'est que l'hypothèque est la condition sous laquelle le créancier a traité, la condition sous laquelle il a fait des avances ; sans la garantie hypothécaire, il n'aurait pas contracté ; donc si cette garantie est détruite ou si elle est diminuée, le créancier doit avoir le droit de demander la résolution du contrat, c'est-à-dire d'exiger le remboursement de sa créance. Peu importe que le débiteur ne soit pas en faute ; il n'en est pas moins vrai qu'il ne peut pas profiter d'un contrat que

le créancier n'aurait point consenti sans garantie réelle (1).

517. Toutefois le créancier n'a point le droit de demander le remboursement dans tous les cas où les sûretés promises deviennent insuffisantes ; il faut que l'insuffisance provienne de la perte des immeubles ou de leur dégradation, ce qui est une perte partielle. Ainsi c'est l'insuffisance matérielle des immeubles hypothéqués qui, seule, légitime l'action en remboursement. Si les immeubles, tout en conservant leur intégralité, ont perdu de leur valeur, fût-ce par accident, le créancier est sans droit. Des révolutions, des crises industrielles, des guerres diminuent la valeur de la propriété foncière ; parfois des travaux publics, des voies de communication, qui augmentent la prospérité et la richesse dans une partie du pays, ont une influence toute contraire sur une autre partie, en faisant déserter des routes jadis très-fréquentées. Voilà des accidents que l'on pourrait comparer à une perte partielle. Pourquoi le législateur n'en tient-il aucun compte? C'est que la dépréciation n'est pas purement accidentelle comme la dégradation. Celle-ci ne saurait être prévue ; tandis que le créancier sait que, si régulièrement les immeubles augmentent de valeur, il peut aussi survenir des causes qui entraînent au moins une moins-value provisoire. C'est à lui de faire ces calculs et de stipuler une garantie hypothécaire qui restera suffisante, alors même qu'il surviendrait une dépréciation des biens. S'il ne le fait pas, c'est lui qui est en faute, et il eût été aussi contraire au droit qu'à l'équité de rendre le débiteur responsable d'un fait qui doit être imputé à l'imprévoyance du créancier (2).

518. A plus forte raison le créancier n'a-t-il pas d'action lorsque l'insuffisance existait déjà lors du contrat. Le texte est si formel, qu'il semble que tout doute soit impossible. Il faut, d'après l'article 79 (code civil, art. 2131), que les immeubles aient éprouvé des dégradations, et l'on ne peut certes pas dire que des immeubles déjà dégradés au moment où ils sont frappés d'hypothèque, éprouvent

(1) Martou, t. III, p. 106, n° 1005.
(2) Duranton, t. XIX, p. 596, n° 382. Pont, t. II, p. 126, n° 693.

des dégradations. La loi ajoute que par suite de ces dégradations les immeubles doivent être *devenus insuffisants* pour la sûreté du créancier; ce qui implique encore que la cause et l'effet sont postérieurs au contrat. Si le créancier se contente d'une hypothèque insuffisante, de quoi se plaindrait-il? D'une insuffisance qu'il connaissait ou qu'il devait connaître? Cela n'a pas de sens; il s'est cependant trouvé une cour qui a décidé que le créancier pouvait exiger le remboursement, pour défaut de sûreté suffisante, dans un cas où cette insuffisance existait dès le principe et où elle n'avait pas augmenté depuis le contrat. Tous les auteurs ont critiqué l'arrêt de la cour de Riom (1); nous croyons inutile de renouveler un débat qui est vidé par le texte même de la loi.

519. Il ne suffit pas que la dégradation soit postérieure au contrat pour que le créancier puisse agir en remboursement, il faut que ces dégradations n'aient pas été prévues lors du contrat. La loi ne le dit pas, mais cela résulte du motif sur lequel le droit du créancier est fondé. S'il peut demander le remboursement de sa créance, c'est que la loi du contrat est rompue quand les immeubles hypothéqués deviennent insuffisants; or, peut-on dire que les conventions des parties sont altérées quand, en contractant, elles ont su que les immeubles perdraient de leur valeur? Celui qui stipule une hypothèque sur une futaie, sur une mine ou une carrière, sait que la valeur de la chose sera diminuée par l'exploitation que le débiteur a le droit de continuer; c'est à lui de faire ses stipulations en conséquence. On ne peut pas même dire que ce soient là des *dégradations*; le débiteur ne dégrade pas un bien par les actes de jouissance qu'il a le droit de faire, l'immeuble reste entier, quoiqu'il diminue de valeur. Bien moins encore y a-t-il *perte* lorsque l'hypothèque constituée sur un immeuble indivis vient à tomber par suite du partage ou de la licitation; cela a été jugé ainsi, et la question n'aurait pas dû être portée devant les tribunaux; le créancier sait que la validité de son hypothèque est subordonnée au résultat du

(1) Duranton, t. XIX, p. 597, n° 383, et tous les auteurs.

partage; la loi lui donne le moyen de sauvegarder ses intérêts en y intervenant. Donc tout est prévu, convenu; le créancier ne peut pas se plaindre que la loi du contrat est rompue (1).

520. La dégradation de l'immeuble hypothéqué ne suffit point pour que le créancier puisse agir en remboursement; il faut que l'immeuble soit devenu insuffisant pour la sûreté du créancier. Si, malgré la dégradation, la valeur de l'immeuble laisse au créancier une pleine garantie, il ne peut pas se plaindre, car il est sans intérêt. C'est seulement quand l'immeuble dégradé n'a plus une valeur qui soit en rapport avec le montant de la créance que le créancier a le droit d'en demander le remboursement. Quand peut-on dire qu'il y a insuffisance de sûretés? C'est une question de fait : les experts seront chargés d'évaluer l'immeuble, et le juge décidera en conséquence. L'article 1188, qui prévoit un cas analogue, se sert d'une expression plus générale : lorsque le débiteur *diminue les sûretés* qu'il a données par son contrat au créancier, celui-ci peut agir en remboursement; or, la diminution de sûretés peut exister sans qu'il y ait dégradation. De là des difficultés que nous avons examinées au titre des *Obligations;* elles ne se présentent pas dans le cas prévu par l'article 79 (code civil, art. 2131); les mots de *dégradation* et de *perte* ne laissent aucun doute; ils impliquent une altération matérielle, une destruction totale ou partielle de l'immeuble.

521. Un immeuble est exproprié pour cause d'utilité publique; par suite, l'hypothèque vient à tomber. C'est comme si la chose venait à périr, elle périt pour le créancier, puisqu'elle est mise hors du commerce. Le créancier aura-t-il le droit de se faire payer avant l'échéance, en exerçant son recours sur l'indemnité? ou le débiteur peut-il se prévaloir de l'article 79 (code civil, art. 2131), et offrir au créancier une autre hypothèque? La cour de Liége s'est prononcée dans ce dernier sens, en appliquant les principes généraux au cas d'expropriation. Sa décision a été cassée. La question doit être décidée, non d'après le droit commun,

(1) Pont, t. II, p. 127, n° 693. Martou, t. III, p. 107, n° 1007.

mais d'après les règles spéciales qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique. Or, en vertu de la loi du 17 avril 1835, l'indemnité remplace l'immeuble en ce qui concerne les droits des tiers; le créancier hypothécaire exerce donc ses droits sur l'indemnité, sans que le débiteur puisse lui offrir une autre hypothèque. Ce serait changer la loi du contrat sous le prétexte de la respecter (1).

522. L'immeuble est détruit par un incendie. S'il était assuré, le droit du créancier hypothécaire s'exercera-t-il sur l'indemnité payée par la compagnie d'assurance? La question, controversée sous l'empire du code civil, est tranchée par la loi belge (art. 10); nous reviendrons sur cette disposition, en traitant de l'extinction des hypothèques.

523. Quel est le droit du créancier, lorsque les biens hypothéqués sont devenus insuffisants, par suite de perte ou de dégradation? La question était controversée sous l'empire du code civil : les uns disaient que le créancier avait le choix, qu'il pouvait demander le remboursement de sa créance ou un supplément d'hypothèque : d'autres disaient que le droit de fournir un supplément d'hypothèque était une faculté pour le débiteur, plutôt qu'un droit pour le créancier (2). La loi belge a consacré cette dernière opinion, qui, à notre avis, est la meilleure. Pourquoi la loi donne-t-elle une action au créancier? Parce que la loi du contrat est rompue; or, quand la condition sous laquelle le créancier a contracté n'est pas remplie, il a le droit de demander la résolution de la convention, c'est-à-dire le remboursement de sa créance. Vainement dit-on que le créancier peut aussi demander l'exécution du contrat, conformément à l'article 1384; nous répondons que l'article 79 (code civil, art. 2131) n'est pas une application de la condition résolutoire tacite, car on ne peut pas dire que le débiteur n'a point exécuté son engagement; il l'a rempli, puisqu'il a fourni au créancier la garantie réelle que celui-

(1) Cassation, 26 août 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 138). Martou, t. III, p. 108, nº 1009.

(2) Pont, t. II, p. 129 et suiv., et les autorités qu'il cite, p. 130, note 2. Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, nºˢ 1333 et 1338.

ci avait stipulée; il faut donc laisser de côté l'article 1184 et décider que le contrat est rompu, parce que le créancier ne jouit plus de la garantie réelle qui était la condition du contrat. La conséquence en est, comme le dit l'article 79, que le créancier a le droit de demander le remboursement de sa créance.

Reste à savoir si le débiteur peut offrir au créancier un supplément d'hypothèque pour éviter le remboursement. L'article 79 répond que « le débiteur sera admis à offrir un supplément d'hypothèque si la perte ou les dégradations ont eu lieu sans sa faute ». C'est une faculté pour le débiteur, ce n'est pas un droit pour le créancier. Nous venons de dire pourquoi le créancier ne peut pas demander un supplément d'hypothèque, alors même que le débiteur a, par son fait, diminué les sûretés qu'il avait données à son créancier. Il est toujours vrai de dire que le débiteur a rempli ses engagements en fournissant la garantie stipulée par le créancier. Si ensuite il diminue cette sûreté par son fait, il rompt le contrat; donc le créancier a le droit d'en demander la résolution. D'ailleurs la loi ne pouvait pas contraindre le débiteur à donner un supplément d'hypothèque; il se peut qu'il n'ait point d'immeubles ou qu'il ne veuille pas les hypothéquer; et comme il s'agit d'une obligation de faire, la loi ne peut pas l'y contraindre. Donc le supplément d'hypothèque ne pouvait être qu'une faculté pour le débiteur. Quand jouit-il de ce droit? La loi distingue; si c'est par son fait qu'il a dégradé l'immeuble hypothéqué, il est en faute, et sa faute ne peut pas lui donner un droit; si c'est sans sa faute que les immeubles ont péri ou ont été dégradés, l'équité exige qu'il puisse fournir un supplément d'hypothèque; il rétablit par là la loi du contrat qui avait été rompu par un cas fortuit.

524. Il va sans dire que le supplément d'hypothèque que le débiteur a le droit d'offrir au créancier est une nouvelle hypothèque; il faut donc un nouvel acte, une nouvelle inscription, et le créancier n'aura rang qu'à partir de l'inscription. Si l'immeuble était déjà grevé d'inscriptions qui ne laisseraient pas de sûreté suffisante au créancier, celui-ci aurait le droit de refuser l'offre que lui fait le débiteur;

l'hypothèque que le débiteur offre comme supplément doit naturellement procurer au créancier une sûreté véritable. En cas de refus du créancier, le juge décidera (1).

N° 4. DE LA SPÉCIALITÉ QUANT A LA CRÉANCE.

I. *Principe.*

525. « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est déterminée dans l'acte » (art. 80 ; code civil, art. 2132). C'est le second élément de la spécialité ; elle n'est complète et elle n'atteint son but que lorsque l'acte détermine tout ensemble les immeubles sur lesquels l'hypothèque est établie et le montant de la créance que l'hypothèque est destinée à garantir. Les tiers ne seraient qu'à moitié éclairés sur la situation hypothécaire de leur débiteur s'ils ne savaient au juste la somme pour laquelle ses biens sont grevés, et le débiteur n'aurait pas le crédit dont il peut encore jouir, malgré les hypothèques qui grèvent ses biens, s'il ne pouvait établir par l'acte même d'hypothèque que les immeubles hypothéqués ont une valeur plus grande que le montant de ses dettes.

Le principe de la spécialité est identique, qu'il s'agisse de la créance ou des biens. Il faut que la somme soit déterminée dans l'*acte,* dit l'article 80 (code civil, art. 2132), c'est-à-dire, comme l'explique l'article 78 (code civil, article 2129), dans le titre authentique constitutif de la créance, si l'hypothèque est constituée dans le même acte, ou dans un acte authentique postérieur, si l'hypothèque est constituée par un acte séparé. La spécialisation de la créance est donc soumise à la solennité, comme la spécialisation des immeubles, et elle est également substantielle. Il n'y a pas d'hypothèque quand la créance n'est point spécialisée, comme il n'y a point d'hypothèque quand les immeubles ne sont pas désignés spécialement. Tout ce que nous avons dit de la spécialité concernant les immeubles s'applique à la spécialité concernant la créance.

(1) Pont, t. II, p. 130, n° 696.

526. Le principe de la spécialité est emprunté au code civil; il y a cependant un point sur lequel la loi belge a dérogé au droit français. Quand la créance est certaine quant à son existence et quant à son montant, la spécialisation est très-simple; elle résulte de l'acte même qui constate l'obligation si l'hypothèque est constituée dans cet acte; et si l'hypothèque est établie par un acte postérieur, on rappellera dans cet acte la somme pour laquelle l'immeuble est grevé.

La créance peut être conditionnelle pour son existence, tout en ayant pour objet une somme déterminée. Ce cas ne diffère pas de celui qui forme la règle générale; seulement la loi veut que la condition soit mentionnée dans l'inscription hypothécaire. La disposition eût été mieux placée à l'article 83 (code civil, art. 2148), qui énumère toutes les mentions que doit contenir l'inscription hypothécaire; ces mentions sont prescrites dans l'intérêt des tiers, et les tiers sont très-intéressés à savoir si la créance est conditionnelle, puisque la condition suspend les effets de l'obligation et, par suite, l'hypothèque; de sorte que, si la condition ne s'accomplit pas, il n'y aura jamais eu ni obligation principale ni obligation accessoire.

L'article 80 ne parle pas des créances indéterminées, comme le faisait l'article 2132 du code civil. D'après cette dernière disposition, les créances indéterminées dans leur valeur ne devaient pas être spécialisées par l'acte constitutif de l'hypothèque; seulement le créancier ne pouvait requérir l'inscription de l'hypothèque que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur avait le droit de faire réduire, s'il y avait lieu. La loi belge pose comme règle absolue que la créance soit déterminée dans l'acte; si donc elle est indéterminée, les parties contractantes en devront faire l'évaluation; il faut pour cela le concours de volontés du débiteur et du créancier. Cela est plus logique que le système du code et plus simple. La spécialisation de la créance est un élément essentiel du contrat d'hypothèque; or, tous les éléments d'un contrat doivent être convenus par les parties : on ne conçoit pas que le créancier, par sa seule volonté, déter-

mine la somme pour laquelle les biens du débiteur seront grevés, pas plus qu'il ne peut dépendre de lui de déterminer les immeubles qui seront grevés d'hypothèque. Aussi le code donnait-il au débiteur le droit de faire réduire l'inscription prise par le créancier. Mieux valait exiger le concours de volontés des parties dans l'acte qui constitue l'hypothèque. Il est vrai que les parties peuvent faire une évaluation inexacte, parce qu'il est difficile de déterminer d'avance le montant d'une créance éventuelle : telle est une créance de dommages-intérêts, qu'il est même difficile au juge d'estimer quand il est éclairé par une expertise ou une enquête. Si l'évaluation est excessive ou insuffisante, les parties ne pourront pas revenir sur leur convention, sauf par consentement mutuel. C'est un inconvénient; mais il est inévitable, puisqu'il résulte de la nature même de la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque est établie (1).

527. Peut-on constituer une hypothèque pour une dette future? La question était controversée sous l'empire du code civil; elle n'est pas décidée directement par la loi nouvelle; mais, en disposant que l'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert est valable, l'article 80 décide implicitement que l'hypothèque d'une dette future est valable, car l'ouverture de crédit est un prêt que le crédité réalise au fur et à mesure de ses besoins. Ce que la loi dit du crédit ouvert s'applique à toute dette future. La commission spéciale a très-bien développé les motifs qui justifient le principe consacré par l'article 80 (2). On objectait, contre la validité de l'hypothèque d'une dette future, le principe formulé par l'article 1174, que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. De là on induisait que l'obligation contractée de rembourser les emprunts que l'on fera est nulle, puisqu'elle dépend de la réalisation de ces emprunts, et que cette réalisation dépend de la seule vo-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 84); Martou, t. III, p. 114, n° 1015. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 277, note 57, § 266; Pont, t. II, p. 137, nos 703-706.
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 41 et suiv.).

lonté de l'obligé, donc d'une condition potestative. L'obligation principale étant nulle, il s'ensuivait que le contrat accessoire d'hypothèque était aussi frappé de nullité. La commission répond que cette interprétation de l'article 1174 est erronée. L'article 1174 dit seulement qu'il n'y a pas d'obligation lorsqu'il dépend de la pure volonté de celui qui s'engage d'être ou de n'être pas obligé. Ainsi est nulle l'obligation de celui qui s'engage s'il veut, et on ne peut pas non plus constituer une hypothèque sous une condition pareille. Autre chose est la constitution d'une hypothèque pour le cas où l'on contractera ensuite une obligation valable. Aucun principe ne s'oppose à ce qu'on donne une hypothèque pour une obligation future. Il est vrai que l'hypothèque n'existera que si la dette est contractée, et il dépend de celui qui l'a constituée de ne pas s'obliger. La commission répond qu'il ne dépend pas de lui que les biens qu'il a donnés en hypothèque ne soient pas hypothéqués s'il contracte la dette. Donc l'hypothèque ne dépend pas d'une condition purement potestative : le débiteur est lié, il ne peut s'obliger sans que ses biens soient frappés d'hypothèque.

Quel sera le rang de l'hypothèque consentie pour une dette future? La commission répond que l'hypothèque ne prendra rang que du jour où l'obligation principale aura été contractée. Tant qu'il n'y a pas d'obligation principale, il ne peut pas y avoir d'obligation accessoire. La commission ajoute que l'hypothèque ne pourra être inscrite que lorsque l'obligation principale aura pris naissance et sera constatée authentiquement. Sur ce point, nous avons quelque doute. D'abord nous ne voyons pas pourquoi l'obligation future doit être constatée authentiquement. Quand l'obligation précède l'hypothèque, elle peut être constatée par acte sous seing privé; l'obligation n'est pas un acte solennel, c'est l'hypothèque qui doit être reçue dans la forme authentique; et tout ce que la loi exige, c'est que la somme soit indiquée dans l'acte authentique. Or, si l'obligation reste soumise au droit commun, quand elle est contractée avant l'acte d'hypothèque, pourquoi deviendrait-elle solennelle lorsqu'elle est contractée après la constitution de

l'hypothèque? Nous supposons toujours que l'acte d'hypothèque détermine la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie, ainsi que l'exige l'article 80.

Si l'hypothèque peut être valablement constituée pour une dette future, pourquoi ne pourrait-elle pas être inscrite? Le créancier peut prendre inscription pour toute hypothèque valable. Il est vrai que l'hypothèque, quoique inscrite, n'aura rang qu'à partir du jour où l'obligation sera contractée, car il ne saurait y avoir d'hypothèque sans obligation principale. Il suit de là que le créancier n'a aucun intérêt à prendre inscription; et, dans l'intérêt des tiers, il eût été utile de formuler en loi l'opinion énoncée par la commission; mais la loi est muette sur ce point, et nous ne voyons pas de quel droit le conservateur refuserait d'inscrire une hypothèque que le débiteur a valablement consentie (1).

II. *De l'hypothèque consentie pour un crédit ouvert.*

528. On entend par ouverture de crédit la convention par laquelle un banquier s'oblige à fournir à une personne, qu'on appelle le crédité, des fonds ou des effets négociables jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Une hypothèque peut-elle être constituée pour sûreté d'un crédit ouvert? La question était controversée sous l'empire du code civil, quoique généralement décidée dans le sens de la validité de l'hypothèque; cette opinion a été consacrée par la loi belge; l'article 80 porte : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à fournir, est valable. » Le motif de douter était fondé sur l'article 1174; nous venons d'y répondre. Il faut ajouter que l'ouverture de crédit diffère en un point essentiel d'une dette future, c'est que le futur prêteur, le banquier, contracte une obligation actuelle, celle de tenir à la disposition du crédité la somme pour laquelle le crédit a été ouvert; le banquier ne peut plus en disposer. Cette obligation étant actuelle, il

(1) En sens contraire, Liége, 26 novembre 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 538).

est juste que le banquier ait une garantie dès l'ouverture du crédit, puisque dès ce moment il se prive de la disposition de la somme qu'il tient en dépôt, et que le crédité peut lui réclamer le jour même du contrat. Sans doute il dépend toujours du crédité d'user ou de ne pas user du crédit, mais cela ne rend pas la constitution de l'hypothèque facultative. En fait, il est certain que le crédité usera du crédit, car ce n'est pas pour ne point en user qu'il l'a stipulé et qu'il a accordé une garantie hypothécaire au créditeur; et du moment où il use du crédit, l'emprunt qu'il fait est assuré par l'hypothèque (1).

529. Quelles sont les conditions requises pour que l'hypothèque donnée pour sûreté d'un crédit ouvert soit valable? Il y a d'abord une condition de forme; l'article 80 ne contient aucune disposition à cet égard; c'est dire que l'hypothèque d'un crédit ouvert reste soumise au droit commun. Si elle est consentie par l'acte qui ouvre le crédit, il faudra un acte authentique qui constatera tout ensemble l'ouverture de crédit et la stipulation hypothécaire. Si l'ouverture de crédit a été arrêtée entre les parties antérieurement à la constitution de l'hypothèque, il y aura deux conventions distinctes, l'une non solennelle, celle qui est relative aux obligations du créditeur et du crédité; l'autre solennelle, celle qui établit l'hypothèque. L'ouverture de crédit est d'ordinaire une convention commerciale, puisqu'elle est contractée par des commerçants et pour des actes de commerce; elle est donc soumise aux règles du droit commercial en ce qui concerne la preuve. On a essayé de soutenir que l'ouverture de crédit devait être constatée par acte authentique; cette interprétation confondait l'hypothèque avec l'obligation principale qu'elle est destinée à garantir; la cour de Bruxelles l'a rejetée; l'erreur était évidente (2). Il n'y a qu'un élément de l'ouverture de crédit qui doit être constaté authentiquement, c'est le montant du crédit; l'article 80 veut que la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie soit déterminée. C'est l'application du

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 42). Comparez Pont t. II, p. 146, n° 711.
(2) Bruxelles, 24 février 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 104).

principe de spécialité, et la spécialisation de toute hypothèque conventionnelle doit se faire par acte authentique (n° 525) (1).

530. D'après l'article 80, l'ouverture de crédit ne peut être garantie par une hypothèque que pour la somme que le créditeur *s'oblige* à fournir. Cette condition résulte de la nature des choses. L'ouverture de crédit est un contrat; elle implique donc une obligation de la part du créditeur, celle de fournir la somme jusqu'à concurrence de laquelle il a ouvert un crédit à l'emprunteur; s'il ne s'oblige pas à fournir des fonds au crédité, il n'y a pas d'ouverture de crédit, et, partant, il ne peut être question d'une garantie hypothécaire qui assure les droits du créditeur. Cela est d'évidence; mais la condition reçoit son application non-seulement au cas où le créditeur ne s'obligerait point à fournir les fonds, elle s'applique aussi au cas où il s'obligerait sous condition potestative; il n'y aurait pas d'ouverture de crédit si le créditeur se réservait la faculté de refuser les fonds ou de ne pas accepter les traites du crédité. La raison en est que l'hypothèque a rang à partir de la convention, parce que dès ce moment le créditeur est obligé de tenir les fonds nécessaires à la disposition du crédité, et cette obligation n'existerait pas s'il pouvait les refuser (2).

La cour de cassation de Belgique a appliqué le principe de l'article 80 dans l'espèce suivante. Ouverture d'un crédit de 8,000 francs que le créditeur s'oblige à tenir à la disposition du crédité. Constitution d'hypothèque pour sûreté du crédit; l'hypothèque était constituée pour la somme de 6,000 francs et les intérêts commerciaux, ainsi pour *tout excédant, s'il y avait lieu*. En conséquence, le créditeur prit inscription pour le capital de 6,000 francs et pour 1,080 francs d'intérêts, et de plus pour une somme de 4,000 francs, excédant approximatif qui pourrait dépasser le capital de 6,000 francs; enfin, pour 720 francs d'intérêts. L'emprunteur étant tombé en faillite, le curateur de-

(1) Martou, t. III, p. 117, n° 1018. Pont, t. II, p. 149, n° 714.
(2) Martou, t. III, p. 120, n° 1022. Pont, t. II, p. 148, n° 712

manda la radiation de l'inscription en tant qu'elle excédait la somme de 6,000 francs, pour laquelle le crédit avait été ouvert et les intérêts. Cette demande fut accueillie en première instance. Le premier juge dit très-bien que l'inscription était valablement prise pour la somme jusqu'à concurrence de laquelle le créditeur s'était obligé de délivrer les fonds; il y avait, pour ce capital et les intérêts, engagement réciproque des contractants et certitude pour les tiers de la valeur encore libre des biens grevés. Il n'en était pas de même de l'excédant de ce crédit; le créditeur pouvait dépasser le crédit stipulé, cela dépendait de lui, il ne contractait aucune obligation, de ce chef, à l'égard du crédité; partant, il n'y avait point de dette; ce qui entraînait la nullité de l'hypothèque, conformément à l'article 80, d'après lequel l'acte doit déterminer la somme que le créditeur s'oblige à fournir. En appel, la décision fut réformée; la cour de Bruxelles décida qu'il y avait, pour les sommes excédant le crédit stipulé, engagement réciproque et lien entre les parties; elle ajouta que l'intérêt des tiers était sauvegardé par l'inscription, qui évaluait l'excédant à 4,000 francs; de sorte que tout était déterminé et certain. Cet arrêt confond toutes choses, la spécialité du contrat d'hypothèque et la spécialité de l'inscription; il confond un engagement certain avec une éventualité qui dépendait de la volonté du créditeur, car il ne s'obligeait pas à fournir des fonds au delà du crédit stipulé; et, en tout cas, l'acte ne contenait pas la somme pour laquelle il pourrait y avoir excédant; l'acte d'hypothèque était donc nul à tous égards. Qu'importait, après cela, que l'inscription spécialisât l'excédant éventuel qui pourrait dépasser le crédit primitif? Peut-il y avoir une inscription quand l'hypothèque est nulle; et l'inscription peut-elle couvrir la nullité de l'hypothèque? L'arrêt de la cour de Bruxelles a été cassé, et il devait l'être (1).

531. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il était assez facile de distinguer le crédit obligatoire du crédit facultatif. La question est parfois très-délicate, et elle

(1) Cassation, 1er février 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 76).

se présente assez souvent. Nous croyons donc bien faire en rapportant encore deux décisions, dont l'une est douteuse. Ouverture d'un crédit de 150,000 francs pour le terme de trois ans. Le créditeur se réservait la faculté de faire cesser le crédit quand il le jugerait convenable. N'était-ce pas là une condition potestative? Non, car l'article même du contrat qui donnait ce droit au créditeur impliquait qu'il n'en userait qu'après que le crédit ouvert aurait reçu son exécution; en effet, l'acte portait que le créditeur ne pourrait mettre fin au contrat que moyennant un avertissement préalable fait quatre mois d'avance, et que le crédité devait rembourser la moitié des fonds qu'il aurait touchés dans les six mois qui suivraient l'avis. La cour de Gand conclut, avec raison, de cette clause que le créditeur ne pouvait faire cesser le crédit qu'après y avoir donné un commencement d'exécution; partant, l'ouverture de crédit lui imposait une obligation, ce qui suffit pour valider l'hypothèque (1).

Dans une autre espèce jugée par la même cour, l'acte portait que le créditeur se réservait la faculté de *restreindre* le crédit chaque fois qu'il le jugerait convenable à ses intérêts. Malgré cette clause, la cour décida que l'acte imposait au bailleur de fonds une obligation actuelle et effective, ce qui permettait de la garantir par une hypothèque. En effet, dit la cour, le crédit ne pouvait être *restreint arbitrairement*, encore moins entièrement annulé; et la possibilité de le restreindre pour le futur ne l'empêchait pas d'exister pour le présent. Martou critique cette décision. Il interprète la clause litigieuse en ce sens que, dès la première demande de fonds, le banquier pouvait user de la réserve. Cela est vrai; il est vrai encore que le créditeur pouvait user arbitrairement de la faculté qu'il se réservait, car lui seul était juge de son intérêt. Mais il nous semble que Martou va trop loin en ajoutant que rien n'empêchait le banquier de pousser la restriction à tel point qu'elle équivalait à l'annulation du crédit. Si le banquier, au lieu de *restreindre* le crédit, l'avait annulé, en abusant de la

(1) Gand, 11 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 263).

faculté que le contrat lui accordait, le crédité lui aurait rappelé la règle de l'article 1134, d'après laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi, et le juge, au besoin, la lui aurait rappelée et lui aurait appris que violer ses engagements, ce n'est pas les exécuter. Tout ce qui résultait de la clause litigieuse, c'est que le crédité se mettait plus ou moins à la merci du créditeur, mais on ne peut pas dire que le crédit fût annulé; et dès qu'il y a obligation, le crédit est valable et, par suite, l'hypothèque (1).

532. On abuse singulièrement du principe de la condition potestative. L'article 1174 annule l'obligation quand elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. On a soutenu, devant la cour de Bruxelles et jusque devant la cour de cassation, que l'ouverture de crédit est nulle s'il dépend du crédité d'en user ou de ne pas en user. Cette étrange prétention aboutirait à annuler toute ouverture de crédit, car il dépend toujours du crédité de ne pas en user. La cour de Bruxelles répond en citant l'article 1174; il suffit que la prestation du crédit soit obligatoire pour le créditeur, qui est le débiteur; c'est tout ce que la loi et les principes exigent; quant au crédité, il s'oblige, il est vrai, mais éventuellement, dans le cas où il usera du crédit; au moment même où le crédit est stipulé, le crédité ne s'oblige point; on ne peut donc pas dire qu'il s'oblige sous une condition potestative; il contracte une obligation éventuelle, celle de rembourser les fonds que le créditeur lui avancera; et comme le banquier est obligé de lui faire cette avance, il y a un lien suffisant pour valider l'ouverture de crédit et l'hypothèque qui la garantit (2).

533. Quel est le rang de l'hypothèque consentie pour la sûreté d'un crédit? Cette question était très-controversée sous l'empire du code civil; la loi nouvelle la tranche en ces termes : « L'hypothèque prend rang à la date de son inscription, sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds. » Le crédit est stipulé pour dix ans; les

(1) Gand, 29 juillet 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 270). Martou, t. III, p. 121, n° 1022.

(2) Rejet, 12 décembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 78, et le réquisitoire de Dewandre, p. 84).

fonds sont délivrés successivement pendant ce délai, selon les besoins du crédité : la question est de savoir si l'hypothèque n'aura rang qu'au fur et à mesure de la délivrance des fonds, de sorte qu'elle aurait un rang différent pour chaque avance. Cette doctrine était professée par nos meilleurs jurisconsultes, Toullier, Merlin, Troplong, Championnière; Aubry et Rau l'avaient adoptée dans leurs premières éditions. Il y a, en faveur de l'opinion générale, un argument qui, au premier abord, paraît décisif. L'hypothèque, en principe, ne peut pas précéder la créance, elle ne peut du moins pas avoir rang avant que l'obligation principale existe. Or, au moment où l'hypothèque est inscrite en vertu du contrat qui la constitue pour sûreté du crédit, le crédité n'a encore rien touché; il n'est donc pas débiteur, il ne le deviendra que lorsque des fonds lui auront été remis, et à chaque remise il contracte une nouvelle dette. Donc l'hypothèque ne peut avoir rang qu'à partir de chaque délivrance de fonds. La loi belge n'a pas admis ce système. Nous en avons dit d'avance la raison. C'est que, du jour de l'ouverture du crédit, le contrat produit un effet à charge du créditeur, qui doit tenir les fonds à la disposition du crédité; il est juste qu'à raison de cette obligation qu'il contracte, il ait une garantie. Si la loi ne la lui accordait pas, il n'y aurait plus d'ouverture de crédit, sauf dans les cas où elle se contracte sans garantie hypothécaire. En effet, le banquier serait obligé, avant de délivrer les fonds, de s'assurer si le crédité n'a point consenti une hypothèque qui le primera; ce serait une entrave permanente aux relations qui naissent de l'ouverture du crédit, et ces entraves sont en opposition avec la rapidité des opérations commerciales. Donc si l'on veut qu'il y ait des ouvertures de crédit, il faut donner au créditeur une garantie réelle qu'il ne doive pas vérifier à chaque avance qu'il fait. Ainsi l'intérêt public justifie le principe consacré par la loi belge, et ce principe n'est pas en opposition avec le droit (1).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 283, note 71, § 266. Martou, t. III, p. 115, n° 1017. Pont, t. II, p. 156, n° 719. Comparez le Rapport de Lelièvre (Parent, p. 145 et suiv.).

534. L'article 80 dit que l'hypothèque a rang à dater de son inscription, sans égard aux époques successives de de la délivrance des fonds. Ainsi les avances faites pendant la dernière année du crédit ont le même rang que celles qui seraient faites le jour même de l'inscription. C'est en ce sens que la loi dit que l'on n'aura aucun égard aux époques successives de la délivrance des fonds. La loi suppose que tout le crédit est épuisé par le crédité : le créditeur aura rang pour le total de sa créance, capital, intérêts et frais de commission, à la date de son inscription, peu importe à quelles dates le crédité a touché les deniers. Mais il ne faut pas induire des termes de l'article 80 que le créditeur a toujours son hypothèque, à quelque époque qu'il délivre les fonds. Cela n'est vrai que lorsque le contrat n'indique pas de terme pour lequel l'ouverture de crédit est convenue ; le contrat s'exécute, dans ce cas, jusqu'à ce que le crédit soit épuisé, et c'est cette obligation ainsi exécutée successivement qui est assurée par l'hypothèque avec rang à partir de son inscription. Mais il arrive souvent que le contrat fixe un terme à l'ouverture du crédit ; ce terme modifie la convention en ce sens qu'elle expire quand le terme échoit ; partant, la créance garantie par l'hypothèque est celle des avances faites lors de l'échéance, alors même que les parties contractantes auraient continué leurs opérations. En effet, à partir de l'échéance du terme, il se forme une nouvelle ouverture de crédit, expresse ou tacite, la première ayant expiré ; or, l'hypothèque a garanti le premier contrat, et elle s'éteint avec ce contrat ; donc l'hypothèque ne peut pas garantir les avances faites après le terme convenu, quand même le total des avances ne dépasserait pas le crédit. Les principes le veulent ainsi, et l'intérêt des tiers l'exige également ; quand un terme est assigné à l'ouverture du crédit, l'hypothèque n'a d'effet à leur égard qu'avec la modalité du terme ; le créditeur ne prime les tiers que pour les avances faites lors de l'échéance du terme ; pour les avances qu'il fera postérieurement, il sera un simple créancier chirographaire (1).

(1) Cassation, 22 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 837). Martou, t. III, p. 118, nº 1020. Pont, t. II, p. 149, nº 713.

535. On admet cependant une restriction à cette interprétation du contrat. Si les avances faites en vertu du compte courant, en y comprenant celles faites postérieurement à la prorogation du crédit, s'élèvent à un chiffre inférieur à celui que comprenaient les avances lors de l'expiration du premier crédit, l'hypothèque garantira le solde définitif tel qu'il est arrêté lors du règlement du compte. Cela suppose que le crédité ne se borne pas à toucher des fonds, qu'il fait aussi des versements en acquit de sa dette. Le montant de la dette subit, dans ce cas, des variations; si elle est moindre lors du règlement définitif que lors de l'échéance du premier crédit, les tiers n'ont aucun intérêt à exiger que le compte soit arrêté à cette échéance, puisqu'il en résulterait une situation plus onéreuse pour le crédité. C'est à raison de ce défaut d'intérêt que l'on décide que le créditeur aura hypothèque pour le solde définitif du compte, en y comprenant la prorogation (1). Au point de vue de l'intérêt des tiers, cela est vrai. Mais n'est-ce pas avant tout une question de droit? Le crédit est stipulé pour cinq ans; à l'expiration de ce terme, la convention cesse de plein droit; la situation des parties doit donc être arrêtée à ce moment, et c'est le solde du compte qui sera garanti par l'hypothèque dans les limites convenues par l'ouverture de crédit. Si les parties continuent leurs opérations, il se forme un nouveau contrat, auquel l'hypothèque est absolument étrangère. Qu'importent, après cela, la volonté des tiers et leur intérêt? Ils ne peuvent pas étendre au crédit prorogé une hypothèque qui a été constituée pour le crédit primitif; il faudrait un nouveau contrat d'hypothèque entre le créditeur et le crédité, et ce nouveau contrat n'aurait d'effet à l'égard des tiers que par une nouvelle inscription; donc il est impossible que l'hypothèque soit invoquée à la fin du compte prorogé, avec le rang qu'elle avait en vertu de son inscription première.

536. L'ouverture de crédit est un emprunt qui se réalise successivement à la volonté de l'emprunteur. Il s'agit

(1) Paris, 21 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 80). Martou, t. III, p. 120, nº 1021. Pont, t. II, p. 150, nº 715.

donc d'avances à faire, de fonds à délivrer, ou de traites à accepter. Si, lors de l'ouverture du crédit et de la stipulation de l'hypothèque, les parties conviennent que l'hypothèque garantira les avances déjà faites, il va de soi que la convention recevra son exécution. Mais si l'hypothèque est stipulée pour le crédit ouvert, le créditeur ne peut s'en prévaloir que pour les avances qu'il fera postérieurement au contrat. C'est ce que dit un arrêt de la cour de cassation rendu au rapport de d'Ubexi : « Il est incontestable, en droit, que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert ne couvre que les avances à faire en exécution de ce crédit et que le bénéfice n'en peut être étendu, en l'absence d'une stipulation expresse, aux avances faites précédemment par le créditeur au crédité. » Toutefois la cour a confirmé l'arrêt attaqué qui avait décidé que l'hypothèque s'appliquait à la créance résultant d'un billet souscrit par le crédité au créditeur depuis l'acte de crédit, mais en renouvellement d'un premier billet antérieur à cet acte. La raison de cette apparente exception est que le second billet ne représentait pas l'ancienne dette, il avait pour cause une avance faite en vertu de l'ouverture de crédit (1).

Par application de ce dernier principe, la cour de cassation a jugé que le créditeur a hypothèque à la date de son inscription, alors même qu'aucune avance effective n'a été faite en exécution de l'ouverture de crédit, s'il est constant que ce crédit a été réalisé par la remise de billets antérieurement souscrits et escomptés par le débiteur au profit du créditeur et arrivés à échéance. « Cette remise, dit l'arrêt de rejet, faite et acceptée en exécution de l'ouverture de crédit, équivaut à un versement de fonds par le créditeur au crédité; d'un seul coup elle éteint l'ancienne dette exigible immédiatement, et réalise le crédit en soumettant la créance nouvelle du créditeur aux conditions stipulées dans l'acte de crédit. Le créditeur exécute son engagement et évite un circuit inutile en consentant à l'extinction des billets, au lieu d'en exiger le remboursement; il agit, dans cette circonstance, comme créditeur, et ac-

(1) Rejet, 2 juin 1863 (Dalloz, 1863, 1, 337).

quiert, en cette qualité, contre les crédités une créance nouvelle, exigible seulement dans huit ans, terme de l'ouverture de crédit, mais garantie par l'hypothèque qui garantit le crédit, lequel se trouve ainsi exécuté (1). »

Il résulte de là qu'à vrai dire il n'y a pas d'exception, dans l'espèce, au principe que l'ouverture de crédit, sauf stipulation expresse, ne garantit pas les avances antérieures. La dette de ces avances a été éteinte par une novation, comme le dit la cour de Bruxelles dans un arrêt récent : « L'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert ne couvre que les avances de fonds faites en exécution de ce crédit. Elle ne garantit le remboursement des remises de fonds antérieures à l'ouverture de crédit que s'il s'opère une novation quant à ces avances, de telle sorte que le créditeur acquière, de ce chef, une créance nouvelle contre le crédité. Dans cette hypothèse, les fonds prêtés antérieurement qui sont exigibles peuvent être considérés comme étant maintenus à la disposition du crédité, en exécution de l'ouverture de crédit, d'après les clauses et conditions de ce contrat. » Dans l'espèce, la cour constate qu'il n'y avait pas eu novation entre les parties et qu'aucune avance n'avait été faite; le contrat d'ouverture de crédit était donc une pure fiction (2).

537. L'article 80 dit que la délivrance des fonds pourra être établie par tous moyens légaux. Cette disposition a pour objet de décider une controverse qui existait sous l'empire du code civil. Il y avait des auteurs qui exigeaient que les avances fussent constatées par acte authentique, de même que l'on exigeait l'authenticité pour l'acte qui établit l'ouverture de crédit (n° 529). C'était une double erreur. Le contrat d'hypothèque n'est solennel que pour la constitution de l'hypothèque; quant aux preuves à faire lorsque le créancier hypothécaire veut exercer son droit, elles n'ont rien de commun avec la solennité de l'acte. L'hypothèque, dans l'espèce, garantit les avances qui seront faites en vertu de l'ouverture de crédit. Qu'est-ce qui doit être établi dans la forme authentique? La somme jusqu'à concurrence de

(1) Rejet, 3 août 1870 (Dalloz, 1871, 1, 281).
(2) Bruxelles, 27 juillet 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 325).

laquelle le créditeur est obligé de faire des avances, somme pour laquelle il aura une hypothèque si les avances épuisent le crédit; quant aux avances, elles se font en exécution du contrat, et l'exécution du contrat n'est pas un acte solennel; elle reste donc soumise au droit commun. C'est en ce sens que la loi dit que les preuves légales sont admissibles. Quelles sont ces preuves légales? En matière commerciale, dit M. Lelièvre dans son rapport à la chambre, la preuve se fera par les livres du créancier et, au besoin, par témoins (1). La question avait été décidée en ce sens par la cour de cassation de Belgique (2).

§ IX. *Des modalités de l'hypothèque.*

538. Le contrat d'hypothèque est soumis aux règles générales qui régissent toutes les conventions; il n'en diffère que par la solennité. Ainsi il peut être fait à terme ou sous condition. Ces modalités sont rares, parce qu'elles enlèvent à la garantie hypothécaire la certitude, qui en est le grand avantage; le terme la limite à un certain temps, tandis que le but du créancier est de stipuler une sûreté qui lui garantisse le payement de sa dette tant qu'elle existe; quant à la condition, elle suspend l'existence même de l'hypothèque, en ce sens que l'hypothèque n'existera point, si la condition défaillit (3).

On ne rencontre pas dans la jurisprudence d'exemple d'une hypothèque constituée à terme ou sous condition. Le seul arrêt que l'on cite a été, à notre avis, mal interprété par Merlin. Constitution, par un mari au profit de sa femme et des enfants à naître du mariage, d'une rente de 1,200 francs, « à prendre spécialement et limitativement sur une maison sise à Paris, rue Lepelletier, et *subsidiairement* sur une autre maison sise à Paris, rue Rochechouart ». L'acte stipule que cette dernière hypothèque ne sera acquise que dans le cas de vente de la première maison; « auquel cas le constituant aura le droit de l'affran-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 145).
(2) Cassation, 27 décembre 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 1, 53)
(3) Aubry et Rau, t. III, p. 284, n° 5, § 266.

chir de l'hypothèque qui la grève présentement, en assurant l'hypothèque soit sur la maison indiquée, soit sur une autre maison d'un produit certain et assuré ». La femme prend inscription sur la maison hypothéquée, en ajoutant : « avec faculté de reporter l'hypothèque sur la maison sise rue Rochechouart, dans le cas où le débiteur viendrait à aliéner la première ». La maison est vendue, et l'inscription prise sur l'immeuble est rayée en vertu d'un jugement passé en force de chose jugée. Postérieurement, deux créanciers prennent inscription sur la maison de la rue Rochechouart. Cette maison est également vendue; l'acquéreur purge; le crédirentier se présente à l'ordre et prétend primer les autres créanciers inscrits. Ceux-ci soutiennent que la femme n'a jamais eu d'hypothèque. La cour de Paris donna gain de cause à la femme. Sur le pourvoi, l'arrêt a été cassé. Que décidait-il?

La cour constate d'abord que le donateur n'entendait donner à la crédirentière qu'une hypothèque spéciale et limitative, en se réservant la faculté, en cas de vente de la maison hypothéquée, d'assurer l'hypothèque de la donation sur la maison de la rue Rochechouart, ou sur d'autres immeubles à son choix. De là la cour conclut que la femme n'avait réellement hypothèque que sur la maison de la rue Lepelletier, sauf, en cas de vente de la maison, le report de cette hypothèque sur la maison de la rue Rochechouart, ou sur un autre immeuble du donateur. L'arrêt attaqué violait donc la loi qui n'accorde d'hypothèque conventionnelle que sur l'immeuble spécialement désigné par l'acte. La crédirentière n'ayant pas d'hypothèque sur la maison de la rue Rochechouart, l'inscription cumulative qu'elle aurait prise sur l'une et l'autre maison aurait été inefficace, aucune inscription ne pouvant être prise qu'en vertu d'une hypothèque consentie spécialement sur un immeuble déterminé. Mais, ajoute la cour, la donataire n'avait pas même pris une inscription cumulative; elle s'était bornée à mentionner dans son inscription la faculté de *reporter l'hypothèque* sur la maison de la rue Rochechouart. Or, la loi n'accorde pas l'effet de l'inscription à un acte qui ne renferme que la réserve d'une simple faculté de s'inscrire.

Merlin dit que cet arrêt est fondé sur deux motifs : le premier, que l'hypothèque subsidiaire sur la maison de la rue Rochechouart n'était pas susceptible d'inscription avant la vente de la maison de la rue Lepelletier; le second, que la créancière n'avait pas fait inscrire cette hypothèque. Le second motif était sans doute péremptoire; mais Merlin oppose au premier qu'une hypothèque conditionnelle est, tout aussi bien qu'une hypothèque pure et simple, susceptible d'être inscrite (1). La critique serait fondée si réellement il y avait eu hypothèque conditionnelle. Mais l'acte ne disait pas cela : le donateur promettait seulement de reporter l'hypothèque sur un autre immeuble à son choix, au cas de vente de la maison hypothéquée. Aussi la cour de cassation ne dit-elle pas que la donataire avait une hypothèque conditionnelle; elle dit, au contraire, que la femme n'avait pas d'hypothèque et que, partant, elle aurait pris inutilement inscription.

539. La loi permet aux parties d'ajouter à leurs contrats toute espèce de conditions. Il y a une exception dans la loi du 15 août 1854 pour la clause dite de *voie parée.* L'article 90 porte : « Il est permis de stipuler dans les conventions qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier privilégié ou hypothécaire aura le droit de faire vendre son gage dans la forme des ventes volontaires. » Mais la loi n'autorise cette clause que sous les conditions qu'elle détermine : il faut que le créancier soit premier inscrit et que la stipulation de voie parée ait été rendue publique par l'inscription. La vente a lieu, dans ce cas, aux enchères devant un notaire nommé par le président du tribunal.

La législation française prohibe la clause de voie parée. Aux termes de l'article 942 du code de procédure revisé, est nulle toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur, sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière.

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Hypothèque*, § XIV, sect. II (t. VIII, p. 173). L'arrêt de cassation du 5 décembre 1809 est rapporté par Merlin.

Cette matière appartenant à la procédure, nous renvoyons à l'excellent commentaire de notre regretté collègue, M. Waelbroeck, sur la loi de 1854 (1).

540. L'article 2078 défend au créancier gagiste de stipuler qu'à défaut de payement il peut s'approprier le gage, ou en disposer sans les formalités prescrites par la loi. Il y a une disposition analogue pour l'antichrèse (art. 2088). Cette prohibition s'applique-t-elle au contrat d'hypothèque? Les parties conviennent que le créancier, à défaut de payement, deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Cette clause est-elle valable? La question est controversée. A notre avis, elle doit être décidée négativement. L'hypothèque et les droits qui en résultent sont d'ordre public; le créancier a un droit de préférence et un droit de suite qu'il exerce par la voie de l'expropriation. Peut-il réaliser son droit par d'autres voies? Non, car ce serait déroger aux lois de saisie immobilière, qui sont également d'ordre public. Le texte de la loi hypothécaire le prouve. Il a fallu une disposition formelle pour autoriser la clause de voie parée, et la loi ne la permet que sous les conditions qu'elle détermine (n° 539). Il faudrait aussi un texte pour valider, en matière d'hypothèque, la clause que les articles 2078 et 2088 prohibent en matière de nantissement.

Les arrêts rendus pour ou contre ont peu d'autorité, parce qu'ils sont mal motivés. Il y a un arrêt de la cour d'Agen, conforme à notre opinion, mais fondé uniquement sur la crainte de favoriser l'usure (2). La cour de Toulouse, qui a validé la clause, invoque l'adage que la loi permet tout ce qu'elle ne défend pas (3); cela est très-vrai dans les contrats ordinaires, où la loi ne fait que prévoir ce que les parties veulent; cela n'est pas vrai dans les conventions qui sont d'ordre public. La plupart des arrêts déclarent la clause valable, en l'interprétant comme vente conditionnelle (4). Si les parties ont entendu faire une vente, et si

(1) Waelbroeck, *Commentaire de la loi du 15 août 1854*, t. III, p. 566 et suiv. Comparez, sur le droit français, Aubry et Rau, t. III, p. 284, § 266.
(2) Agen, 28 décembre 1842 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 274, 1°).
(3) Toulouse, 16 mars 1812 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 275, 1°).
(4) Cassation, 1er juillet 1844; Montpellier, 26 juillet 1833 et 6 mars 1840; Toulouse, 16 mars 1812 (Dalloz, au mot *Nantissement* (nos 313 et 275).

leur convention présente tous les caractères de ce contrat, elle doit sans doute être validée; mais ce serait méconnaître l'intention des contractants et les dispositions de la loi que de confondre la clause des articles 2078 et 2088 avec la vente. La vente est essentiellement translative de propriété, alors même qu'elle est conditionnelle, si la vente se réalise par l'accomplissement de la condition; tandis que le contrat d'hypothèque laisse la propriété au débiteur. Il y a d'autres différences entre les deux conventions qu'il est inutile de signaler.

SECTION IV. — De l'hypothèque testamentaire.

541. Aux termes de l'article 43, l'hypothèque est légale, conventionnelle ou testamentaire. L'article 44 définit l'hypothèque testamentaire en ces termes : « C'est celle qui est établie par le testateur sur un ou plusieurs immeubles spécialement désignés par le testament, pour la garantie des legs par lui faits. » C'est la seule disposition que la loi contient sur l'hypothèque testamentaire. Nous croyons que les lacunes qu'elle présente doivent être comblées par les principes généraux qui régissent notre système hypothécaire. Ainsi l'article 44, qui soumet l'hypothèque testamentaire au principe de la spécialité en ce qui concerne les biens, ne dit rien de la spécialité en ce qui concerne la créance. Est-ce à dire que l'hypothèque testamentaire ne doive pas être spéciale quant au legs dont elle assure l'exécution? Cela serait inadmissible. La loi nouvelle assujettit à la spécialité les hypothèques les plus favorisées, celles des incapables; elle fait donc de la spécialité un principe général sans exception, et il n'y avait certes pas de raison pour faire une exception en faveur de l'hypothèque testamentaire. Le législateur aura pensé que la créance est déterminée par la nature même du legs; mais cela ne serait pas exact, car la chose léguée peut consister en une prestation; il faut donc appliquer, par analogie, ce que la loi dit des prestations imposées au donataire : pour que le donateur ait un privilége de ce chef, la charge doit être liquidée. De même les prestations léguées devraient être liqui-

dées pour que l'hypothèque testamentaire pût être inscrite. On ne pourrait pas dire que l'hypothèque est nulle à défaut de cette spécialisation, car il n'y a point de nullité sans texte; mais l'inscription, en tout cas, devrait spécialiser la créance; en effet, l'article 83 (code civil, art. 2148), qui exige la mention du montant de la créance, est applicable à toutes les hypothèques. Dans l'opinion que nous avons enseignée, la spécialité est une condition requise pour l'existence de l'hypothèque. Si tel est le principe pour les hypothèques légales et conventionnelles, il faut l'admettre aussi pour l'hypothèque testamentaire, car les motifs sont identiques. On ne peut pas objecter le silence de la loi, puisque nos lois ne contiennent pas de système complet sur la théorie des actes inexistants. Les principes généraux et les arguments d'analogie suffisent. Nous supposons que l'hypothèque testamentaire doit être inscrite; l'article 44 ne le dit pas; mais il n'avait pas besoin de le dire, car les articles de la loi qui subordonnent les effets de l'hypothèque à la publicité sont applicables à toutes les hypothèques (art. 81 et 96).

542. Quel est l'objet de l'hypothèque testamentaire? L'article 44 dit que le testateur peut l'établir pour la garantie des *legs* par lui faits. D'après le projet de la commission spéciale, l'hypothèque pouvait aussi être constituée pour la garantie des dettes du testateur. Le mot *dettes* a disparu de l'article, sans qu'on en sache le motif. En faut-il conclure que le testateur ne peut pas accorder d'hypothèque à l'un de ses créanciers? A la rigueur, cette conséquence résulte du texte des articles 42 et 44. D'après l'article 42, l'hypothèque n'a lieu *que dans les cas autorisés par la loi*, et l'article 44 n'autorise l'hypothèque testamentaire que pour la garantie des *legs*. Toutefois cette argumentation n'est pas aussi décisive qu'elle en a l'air. Le testateur peut léguer à son créancier ce qu'il lui doit; la dette devient alors une chose léguée, et elle rentre, par conséquent, dans les termes de l'article 44; or, en donnant une hypothèque au créancier, il lui lègue implicitement la chose due, en y ajoutant une garantie hypothécaire. Cette interprétation permet de concilier les textes avec les principes. Il n'y a

aucune raison pour interdire au testateur de léguer une hypothèque : il peut léguer la toute propriété à son créancier, pourquoi ne pourrait-il pas lui léguer un démembrement de la propriété? Il peut léguer toute espèce de droits réels, pourquoi y aurait-il exception pour l'hypothèque? Vainement invoquerait-on le retranchement du mot *dettes* qui se trouvait dans le projet, on ne sait pas pourquoi ce mot a été retranché; il peut l'avoir été parce qu'il était inutile, comme nous venons de l'expliquer. En tout cas, le silence de la loi ne suffit pas pour que l'on en induise une dérogation aux principes (1).

543. Sous l'empire du code civil, on admettait généralement que les légataires avaient une hypothèque légale sur les biens de la succession. On demande si la loi nouvelle déroge à l'article 1017, sur lequel on fondait cette prétendue hypothèque. Toutes les commissions sont unanimes à déclarer que l'hypothèque légale du code civil, tel qu'on l'interprétait, est abrogée. Il importe de constater les motifs pour lesquels les rapports déclarent que l'hypothèque des légataires est abolie.

La commission spéciale s'exprime comme suit : « Elle propose de donner au testateur la faculté de constituer une hypothèque sur ses biens pour assurer le payement d'une dette ou d'un legs. Il a paru d'autant plus utile de lui conférer ce droit, que la suppression des hypothèques générales, admise en principe, comprend nécessairement l'hypothèque résultant de l'article 1017 en faveur des légataires sur tous les biens de la succession (2). » Ainsi la commission propose d'admettre l'hypothèque testamentaire pour remplacer l'hypothèque légale de l'article 1017; elle suppose que cette hypothèque générale est abrogée par la loi nouvelle, qui rejette, en principe, les hypothèques générales, même les plus favorables, celles des mineurs et des femmes mariées.

Dans son premier rapport, M. Lelièvre dit également que, la loi supprimant l'hypothèque générale accordée au

(1) Cloes, *Commentaire*, t. III, p. 39, n° 1002.
(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 37).

légataire par l'article 1017 du code civil, il était nécessaire d'autoriser le testateur à accorder au légataire une hypothèque pour sûreté du payement de son legs. Dans un second rapport, M. Lelièvre justifie la proposition d'une hypothèque testamentaire, puis il ajoute : « Au moyen de cette disposition (art. 44), il est entendu que l'hypothèque résultant des articles 1009, 1012 et 1017 du code civil est abrogée. C'est ce qui est admis à l'unanimité par la commission et par le ministre de la justice (1). »

Se fondant sur les travaux préparatoires, M. Delebecque émet l'avis que l'hypothèque légale des légataires est abolie. Martou s'est prononcé pour l'opinion contraire, laquelle a été combattue par M. Thiry, notre savant collègue de l'université de Liége (2). Nous nous rangeons, sans hésiter, à son avis. Nous croyons, comme lui, que la prétendue hypothèque légale des légataires n'a jamais existé; le code civil mentionnait les hypothèques légales (art. 2121), et il ne comprenait pas les légataires parmi ceux auxquels la loi accorde une hypothèque; le seul droit qu'il leur donnât, c'était de demander la séparation des patrimoines; ce qui leur assurait leur payement sur les biens de la succession, de préférence aux créanciers de l'héritier. Tel est le sens des articles du code que l'on cite comme ayant établi une hypothèque légale au profit des légataires; s'ils disent que les héritiers et autres débiteurs des legs en sont tenus hypothécairement pour le tout, c'est une supposition, et supposer n'est pas disposer; la supposition s'explique, du reste, par ce que le code appelle le privilége de séparation, privilége qui donnait aux légataires un droit de préférence à l'égard des créanciers de l'héritier; or, le privilége est une hypothèque privilégiée. La loi nouvelle ne déroge pas, en ce point, au code civil.

Même en se plaçant sur le terrain de l'opinion générale, qui reconnaissait une hypothèque légale aux légataires, il faut dire, avec les auteurs de la loi belge, que cette hypo-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 129 et 193).
(2) Delebecque, p. 188, nº 232. Martou, t. II, p. 324, nº 708, suivi par Cloes, t. III, p. 36, nº 1000. Thiry, dans la *Belgique judiciaire*, t. XIV, p. 517

thèque est abrogée par la loi hypothécaire. On objecte les principes qui régissent l'abrogation tacite. Une loi générale, dit-on, n'abroge pas une loi spéciale; pour qu'une loi postérieure abroge une loi antérieure, il faut qu'il y ait impossibilité d'appliquer les deux lois simultanément. Nous avons déjà répondu ailleurs que le code civil ignore les principes sur l'abrogation tacite que l'on emprunte à la tradition et que l'on a tort d'appliquer un peu mécaniquement. L'abrogation tacite est avant tout une question de volonté. Or, qu'est-ce que le législateur belge a voulu? Il a établi un système complet sur le régime hypothécaire, système qui déroge, en des points essentiels, au régime du code civil. Il en est ainsi, notamment, pour les hypothèques générales. La loi nouvelle les proscrit; nous ne comprenons pas qu'on l'ait nié en invoquant l'hypothèque générale de l'État; c'est une exception qui confirme la règle. La règle est que les hypothèques les plus favorables, celles des mineurs et des femmes mariées, sont soumises au principe de spécialité. Conçoit-on que, refusant une hypothèque générale aux mineurs, la loi en donne une aux légataires, qui ont un moyen facile de sauvegarder leurs intérêts, la séparation de patrimoines? Si le législateur avait voulu maintenir l'hypothèque des légataires telle qu'on l'admettait, il l'aurait soumise à la spécialité; il n'a indiqué aucun moyen de la spécialiser, donc il la supprime. Voilà ce que l'on aurait dû dire, quand même les travaux préparatoires ne nous auraient rien appris sur l'intention du législateur. Mais les auteurs de la loi ont parlé. Martou écarte les rapports des commissions; il dit qu'au lieu de répéter dix fois que l'hypothèque légale des légataires est abrogée, les commissions auraient mieux fait de l'écrire une fois dans la loi. Soit, mais cela ne prouve pas que l'on ne doive tenir aucun compte de ce qu'elles ont dit. Nous répétons que c'est une question d'intention; or, les auteurs de la loi belge ont déclaré qu'ils établissaient l'hypothèque testamentaire pour tenir lieu de l'hypothèque légale, abrogée en vertu du nouveau régime. Il y a donc un texte qui implique l'abrogation de l'hypothèque légale, ce sont les articles 42 et 44, qui créent l'hypothèque testamentaire; cette hypothèque, disent les auteurs

de la loi, n'a d'autre raison d'être que l'abrogation de l'hypothèque légale; donc les articles 42 et 44 consacrent implicitement cette abrogation (1).

544. L'article 44 ne dit rien de la forme dans laquelle l'hypothèque testamentaire doit être constituée. Il était inutile de le dire, la question étant décidée implicitement par le texte de la loi; dire que l'hypothèque *testamentaire* est celle par laquelle le *testateur* établit une hypothèque au profit du *légataire*, c'est dire que tout testament peut contenir une concession d'hypothèque, non-seulement les testaments authentiques, mais aussi les testaments olographes et mystiques. On objecte que, dans le silence de la loi, il faut appliquer les dispositions qui concernent l'hypothèque conventionnelle. D'abord nous nions qu'il y ait silence de la loi. Puis la différence est grande entre l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque testamentaire; rien n'empêche les parties intéressées qui contractent de s'adresser à un notaire; tandis que le testateur peut se trouver dans l'impossibilité de faire dresser un acte authentique. C'est par faveur pour les actes de dernière volonté que la loi a maintenu les testaments olographes, elle a donc dû permettre au testateur de faire, dans cette forme, les mêmes dispositions qu'il peut prendre dans un testament authentique. Tout ce qui en résulte, c'est que l'hypothèque testamentaire n'est pas un acte solennel (2).

Il y a cependant une différence entre l'hypothèque constituée par un testament authentique et celle qui est établie par un testament olographe ou mystique. Le créancier hypothécaire a le droit d'exproprier le débiteur, parce que son droit résulte ordinairement d'un acte authentique et exécutoire comme tel. Ce principe s'applique à l'hypothèque testamentaire, quand le testament est un acte notarié; il ne reçoit pas d'application quand le testament est olographe ou mystique, puisque ces testaments sont des actes sous

(1) Il y a un jugement en ce sens, très-bien motivé, du tribunal de Marche, 21 octobre 1870 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 243).

(2) Martou, t. III, p. 326, n° 709; Cloes, t. II, p. 29, n°s 995-997. En sens contraire, Delebecque, p. 189, n° 233.

seing privé, lesquels n'acquièrent de force exécutoire qu'en vertu d'un jugement.

545. Quel est l'effet de l'hypothèque testamentaire? Elle crée un droit de préférence entre légataires; mais le légataire n'est pas préféré aux créanciers du défunt. C'est l'application du principe que les legs ne sont acquittés qu'après le payement des dettes : *nemo liberalis nisi liberatus*. Or, si le légataire était payé de préférence aux créanciers, ceux-ci pourraient ne pas être payés, du moins intégralement, d'où résulterait qu'un légataire l'emporterait sur un créancier, ce qui est contraire au principe traditionnel que nous venons de rappeler, principe qui découle de la nature même du legs : le testateur ne peut pas léguer ce qu'il n'a point, et il n'a de biens que ce qui reste, dettes déduites.

SECTION V. — Du rang que les hypothèques ont entre elles.

546. L'article 81 porte : « Entre les *créanciers*, l'*hypothèque* n'a de *rang* que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur » (code civil, art. 2134). La loi ne comprend pas les priviléges; cependant les priviléges doivent aussi être rendus publics par la voie de l'inscription, et l'article 29 dit qu'entre les créanciers, les priviléges ne produisent d'*effet* à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. Il y a une différence de rédaction entre l'article 29 et l'article 31. L'article 29 refuse tout *effet* aux priviléges non rendus publics; l'article 31 dit seulement que le *rang* des hypothèques dépend de leur inscription. Résulte-t-il de là une différence de principes? Il nous faut voir d'abord quel est le but de l'inscription.

L'inscription est-elle requise pour que l'hypothèque existe, ou l'hypothèque existe-t-elle indépendamment de l'inscription? L'inscription est ordonnée pour que l'hypothèque ait *effet* à l'égard des tiers; la publicité est donc seulement établie dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Cela prouve déjà

que l'inscription n'est pas une condition d'existence de l'hypothèque; elle a pour unique objet de rendre publique l'hypothèque qui existe, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention, soit en vertu d'un testament. Il en est de l'inscription comme de la transcription; pour mieux dire, l'inscription tient lieu pour les hypothèques de la transcription que la loi requiert pour tous les actes translatifs de droits réels immobiliers. Ces droits existent en vertu du contrat qui les établit, mais pour qu'on puisse les opposer aux tiers, il faut que l'acte constitutif soit transcrit, ou inscrit quand il s'agit d'une hypothèque. Le défaut de transcription ou d'inscription ne rend donc pas l'acte nul; l'acte est valable et il produit entre les parties tous les effets qu'il est destiné à produire, tant que des tiers ne sont pas en cause. Ces effets sont considérables, quand il s'agit d'une vente d'un immeuble, ou d'une servitude, ou d'un droit immobilier autre qu'une hypothèque; tandis que l'hypothèque ne produit guère d'effets entre les parties; toutefois elle en produit, comme nous le dirons plus loin. Il faut donc maintenir comme principe, pour les hypothèques comme pour les droits immobiliers en général, que le droit existe, indépendamment de la publicité, entre les parties. Donc l'inscription n'est pas requise pour l'existence ni pour la validité de l'acte.

Tarrible, qui a écrit d'excellents articles sur le régime hypothécaire dans le *Répertoire* de Merlin, semble dire le contraire. D'après lui, l'inscription est nécessaire pour *constituer* l'hypothèque, pour *compléter* le droit du créancier; le créancier qui ne prend pas inscription est un créancier chirographaire. Tarrible invoque la tradition des pays de nantissement; les coutumes déclaraient créanciers *personnels* et *mobiliers* ceux qui n'avaient pas accompli les œuvres de loi. Il y a une disposition du code civil qui semble conçue en ce sens. Aux termes de l'article 2135, l'hypothèque *existe,* indépendamment de toute inscription, au profit des incapables; donc, peut-on dire, l'hypothèque n'*existe*, en règle générale, qu'en vertu de l'inscription (1).

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*,

Cela n'est-il pas trop absolu? Nous laissons de côté les coutumes de nantissement; ce n'est plus que de l'histoire. La question doit être décidée par les textes du code civil et de la loi hypothécaire. L'article 2135, que Tarrible cite, ne doit pas être isolé de l'article 2134 dont il est la suite et auquel il forme exception; or, il est de principe que l'exception doit être entendue dans le sens de la règle. Et que dit la règle? Qu'entre créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. Lors donc que l'article 2135 apporte une exception à cette règle, en disant que l'hypothèque des minenrs et des femmes mariées *existe* indépendamment de l'inscription, cela signifie que l'hypothèque légale des incapables *a rang* en vertu des dispositions de la loi, quand même elle n'aurait pas été inscrite. Ainsi l'article 2135 n'a rien de commun avec la question de théorie que nous discutons. Quant à la loi hypothécaire, elle établit comme règle absolue la nécessité de l'inscription pour les hypothèques et les priviléges, mais l'article 1er détermine la signification de cette formalité; elle est identique avec la transcription, par conséquent elle est requise, non pour l'existence ou la validité de l'hypothèque, mais pour que l'hypothèque, de même que tout autre droit immobilier, puisse être opposée aux tiers. A l'égard des tiers, on peut dire, avec Tarrible, que l'hypothèque n'existe pas tant qu'elle n'a pas été transcrite. Entre les parties, l'hypothèque existe en vertu de la loi, de la convention ou du testament.

547. Reste à savoir si, sous ce rapport, il y a une différence entre les priviléges et les hypothèques. L'article 29 dit que le privilége n'a d'*effet*, à l'égard des immeubles, que par l'inscription, tandis que l'article 34 dit que l'hypothèque n'a de *rang* que par l'inscription. Cette différence de rédaction n'a aucune influence sur le principe qui est consacré par l'article 1er de la loi : tout droit immobilier soumis à la publicité n'existe, à l'égard des tiers, que si les formalités légales ont été remplies. La loi met, sous ce rapport, les priviléges sur la même ligne que les hypothè-

§ II (t. V, p. 2 et suiv.). Comparez Grenier (t. I, p. 75, n° 60), qui paraît combattre Tarrible sans le nommer.

ques. Mais quand il s'agit du rang de priorité entre créanciers, il y a une différence importante entre le privilége et l'hypothèque; le *rang* des créanciers hypothécaires est déterminé par la date de l'inscription, sans prendre en considération ni la nature de la créance, ni sa date. Il n'en est pas de même du privilége : le rang en est déterminé, non par la date de l'inscription, mais par la qualité de la créance. De sorte qu'un privilége inscrit après l'hypothèque peut primer celle-ci; et entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle également par les différentes qualités des priviléges, sans considérer la date de l'inscription. Ces principes ne sont pas aussi absolus que semblent le dire les articles 12 et 13 de la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette matière difficile, au chapitre des *Priviléges* (n°s 58-65 et n°s 66-93).

L'article 81 (code civil, art. 2134) s'exprime donc exactement en disant que le *rang* des hypothèques dépend de leur inscription. Tant que l'hypothèque n'est pas inscrite, elle n'existe pas à l'égard des tiers, le créancier ne peut pas la leur opposer; en ce sens il n'acquiert son droit qu'en vertu de l'inscription, par conséquent à partir de l'inscription. Peu importe la date du titre qui constitue l'hypothèque, puisque ce titre ne peut être opposé aux tiers tant qu'il n'a pas été rendu public. Quant à la nature de la créance, elle n'est jamais prise en considération en matière d'hypothèques conventionnelles, puisque la garantie hypothécaire dépend uniquement de la volonté des parties contractantes. D'après le code civil, le rang de l'hypothèque légale était indépendant de l'inscription; le code le réglait et donnait de l'efficacité à l'hypothèque à l'égard des tiers, alors même qu'elle n'aurait pas été inscrite.

Il n'en est plus de même d'après la loi belge, les hypothèques légales sont soumises à la publicité, et, partant, au droit commun en ce qui concerne leur rang. Reste l'hypothèque testamentaire, dont le rang dépend de l'inscription, aussi bien que celui de l'hypothèque conventionnelle.

548. Les parties intéressées peuvent-elles déroger au rang que l'inscription assure au créancier? En principe,

l'hypothèque est d'ordre public, et les parties ne peuvent pas déroger aux lois qui concernent l'intérêt général (n° 187). Ce principe n'est pas absolu; il suppose que les droits de la société sont engagés dans le débat; s'il s'agit d'intérêts purement privés, il n'y a plus de raison de défendre aux parties de les régler comme elles l'entendent. Telle serait la convention par laquelle les parties stipulent que l'inscription à prendre en vertu d'une constitution d'hypothèque sera primée par d'autres inscriptions à prendre pour des créances dont le montant est fixé par l'acte (1). Le rang entre deux créanciers est d'intérêt privé; la seule chose qui soit d'intérêt public, c'est que les conventions qui modifient le rang qu'un créancier tient de l'inscription de son hypothèque, soient rendues publiques, afin de prévenir les tiers. Dans l'espèce, l'inscription à prendre devrait donc relater la clause qui modifie le rang du créancier, sinon elle ne pourrait être opposée aux tiers intéressés à la connaître. Il en est de même de toute clause insérée dans un contrat hypothécaire, quand elle intéresse les tiers (2).

549. L'hypothèque et le privilége produisent encore un autre effet, c'est de donner au créancier le droit de suite contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué (art. 96; code civil, art. 2166). En parlant du droit de suite, la loi ne distingue pas entre les hypothèques et les priviléges; elle les met sur la même ligne et les assujettit à la même condition, celle de l'inscription; une hypothèque ou un privilége non inscrits ne donnent pas le droit de suite. La raison en est simple, le droit de suite s'exerce contre les tiers; or, l'hypothèque n'existe à l'égard des tiers que par l'inscription, et il en est de même des priviléges (n° 546).

550. Ainsi tous les effets de l'hypothèque à l'égard des tiers dépendent de l'inscription. L'application du principe donne lieu à une difficulté qui est tranchée par l'article 81 (code civil, art. 2147). On suppose que deux créan-

(1) Gand, 11 août 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 45).
(2) Rejet, chambre civile, 23 mars 1874 (Dalloz, 1874, 1, 307).

ciers prennent inscription le même jour. Il n'y a aucun conflit quant au droit de suite; tout créancier inscrit, n'importe à quelle date, peut l'exercer, le dernier aussi bien que le premier. Mais quand il s'agira de distribuer les deniers, le conflit naîtra : comment colloquera-t-on les deux créanciers dont l'inscription porte la même date? L'article 81 (code civil, art. 2147) répond : « Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en *concurrence* une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur. » Cette décision est contraire à la rigueur des principes. L'inscription, en rendant l'hypothèque publique, devrait lui donner effet à partir du moment où elle est prise; donc, entre deux hypothèques inscrites le même jour, celle qui est inscrite la première devrait primer l'autre. C'est le principe que la loi suit en matière de transcription (art. 123); pourquoi ne l'applique-t-elle pas à l'inscription des hypothèques? Le motif que l'on a donné n'explique pas la différence que la loi établit entre la transcription et l'inscription. Deux acheteurs, dit-on, ne peuvent pas être propriétaires du même immeuble, chacun pour le tout; il a donc fallu se décider en faveur de celui qui transcrit le premier, quand même il n'y aurait qu'un intervalle de quelques minutes entre les deux transcriptions; tandis que deux créanciers hypothécaires peuvent venir par concurrence, en ce sens que, si le prix provenant de l'immeuble ne suffit pas pour les payer intégralement, ils seront payés par contribution. Nous répondons qu'en droit il n'y a aucune différence entre l'aliénation et l'hypothèque, entre la transcription et l'inscription, il n'y a que le mode de publicité qui diffère. Le texte de l'article 1er de notre loi le prouve à l'évidence, et les principes ne laissent aucun doute. S'il est impossible que deux acquéreurs soient chacun propriétaires pour le tout, il est également impossible que deux créanciers aient une hypothèque chacun pour le tout, car l'hypothèque est une aliénation partielle : donc, au fond, il y a identité entre l'aliénation et l'hypothèque. En réalité, la loi, en décidant que les deux créanciers inscrits le même jour viennent par concurrence,

altère le droit du premier, car il n'obtiendra qu'une partie du prix, tandis qu'il aurait eu tout le prix si on lui avait conservé le rang auquel il a droit.

On a donné d'autres motifs pour justifier l'article 81 (code civil, art. 2134); il peut y avoir incertitude sur le point de savoir lequel des créanciers s'est présenté le premier au bureau du conservateur; celui-ci peut se tromper sur ce fait, ou avantager sciemment celui des créanciers qui est venu le dernier; enfin, dit-on, donner la préférence à celui qui arrive le premier au bureau du conservateur, c'est faire dépendre le rang de l'hypothèque d'un fait purement accidentel, la préférence deviendrait le prix de la course (1). Nous répondons que les mêmes difficultés se présentent pour la transcription, et elles n'ont pas arrêté le législateur. Le conservateur des hypothèques est obligé de tenir un registre de dépôts, où il constate les numéros d'ordre et, à mesure qu'elles s'effectuent, les remises des titres dont on requiert l'inscription ou la transcription (art. 124, 1°). Par application de cette disposition, l'article 124 décide que la préférence entre plusieurs titres transcrits le même jour se détermine d'après le numéro d'ordre sous lequel la remise des titres aura été mentionnée audit registre. On pouvait et l'on aurait dû admettre la même décision pour déterminer le rang de préférence entre deux inscriptions requises le même jour. Que s'il y avait eu des difficultés et des contestations, le juge est là pour en connaître; mais c'est une étrange manière de les prévenir que de porter atteinte au droit du créancier qui se présente le premier.

551. L'hypothèque non inscrite ne peut être opposée aux tiers. Quels sont ces tiers? Il n'y a aucun doute quant aux tiers acquéreurs de l'immeuble hypothéqué; non-seulement ils peuvent se prévaloir du défaut d'inscription, mais l'inscription ne peut même plus être prise après la transcription de l'acte d'acquisition. Nous reviendrons sur ce dernier point. Quant aux créanciers hypothécaires, l'arti-

(1) Martou, t. III, p. 132, n° 1032. Pont, t. II, p. 177, n° 734. Comparez Arntz, t. II, p. 738, n° 1818.

cle 81 (code civil, art. 2134) est applicable à la lettre; entre les créanciers, l'hypothèque a *rang* du jour de l'inscription; c'est surtout pour déterminer ce *rang* que la loi a exigé la publicité, afin que les tiers qui stipulent une hypothèque et qui l'inscrivent ne soient pas dans le cas d'être primés par une hypothèque antérieure, mais non inscrite. Entre créanciers hypothécaires, le rang se règle donc par l'inscription. Faut-il appliquer le même principe quand le conflit existe entre un créancier hypothécaire non inscrit et les créanciers chirographaires?

Il y a eu, dans les premières années qui ont suivi la publication du code civil, de longues discussions sur ce point. La cour de cassation s'est prononcée deux fois en faveur des créanciers chirographaires; le second pourvoi était dirigé contre un arrêt de la cour de Riom, rendu sur les conclusions conformes de Grenier, alors procureur général, et après de vifs débats. La chambre civile confirma la décision, mais après un délibéré de deux jours (1). Depuis lors la controverse a cessé : la doctrine et la jurisprudence sont unanimes. Il y avait des motifs de douter très-sérieux. L'article 2134, reproduit par l'article 81 de la loi belge, dit qu'*entre les créanciers* l'hypothèque n'a de *rang* que du jour de l'inscription. Qu'est-ce que la loi entend par *créanciers?* Le texte de la loi et l'intitulé de la section prouvent qu'elle n'a en vue que les créanciers hypothécaires. En effet, l'article détermine le *rang* entre les créanciers; cela suppose un concours et un conflit de créanciers qui ont une inscription sur le même immeuble. Le § 2 de l'article 81 (code civil, art. 2147) fait exception à la règle établie par le § 1er; or, l'exception suppose un concours entre créanciers hypothécaires; donc la règle aussi ne concerne que ces créanciers. L'intitulé le dit : *Du rang que les hypothèques ont entre elles*. Ainsi la loi entend régler le rang des créanciers hypothécaires; elle ne s'occupe pas des créanciers chirographaires, qui n'ont point de rang, puisqu'ils viennent toujours par contribution.

(1) Grenier, t. I, p. 75, n° 60. Martou, t. III, p. 128, n° 1029. Pont, t. II, p. 171, n° 729. Aubry et Rau, t. III, p. 285, et note 3, § 266. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1370.

La cour de cassation invoque les articles 2092-2094 (loi hyp., art. 7-9) pour en induire que les créanciers hypothécaires ne peuvent faire valoir leur droit de préférence à l'égard des créanciers chirographaires que lorsqu'ils ont observé les formalités prescrites par la loi pour rendre leur hypothèque efficace à l'égard des tiers. C'est précisément là la question, et la loi ne consacre certes pas le principe tel que la cour de cassation le formule. Quelle est la disposition qui fait dépendre le rang de l'hypothèque de son inscription? C'est l'article 2134; et nous venons de dire que cet article est étranger aux créanciers chirographaires. La cour cite l'article 2113; il y est question des priviléges qui dégénèrent en hypothèques; la loi dit que ces hypothèques ne datent, à l'égard des *tiers*, que de l'époque des inscriptions. Quels sont ces tiers? L'article 2113 ne le dit pas. Et il est d'évidence que ce n'est pas cet article qui est le siége de la matière; le seul objet de la loi est de dire que les priviléges dégénèrent en hypothèques quand ils n'ont pas été inscrits dans le délai légal; ils perdent alors la qualité de privilége, qui leur assurait un effet rétroactif dans le système du code, et ils n'ont plus d'effet que du jour de l'inscription à titre d'hypothèques. A l'égard de qui? A l'égard des tiers, répond la loi en renvoyant aux articles qui traitent de l'inscription; l'article 2113, simple disposition de renvoi en ce qui concerne l'inscription, ne peut donc pas être invoqué comme une disposition de principe; on doit l'interpréter par l'article 2135, au lieu d'interpréter l'article 2135 par l'article 2113, comme le fait la cour de cassation.

Le seul argument solide que l'on puisse invoquer en faveur de l'interprétation qui a prévalu est celui que fournit l'article 2146 combiné avec l'article 446 du code de commerce. Nous croyons inutile d'y insister; notre but n'est pas d'attaquer la doctrine que la jurisprudence a consacrée; si elle est douteuse au point de vue des textes, par contre elle est en harmonie avec les vrais principes du régime hypothécaire. La cour de cassation a raison de dire que le système de publicité, qui est la base fondamentale de notre régime hypothécaire, doit profiter à tous les tiers sans dis-

tinction, puisqu'il a pour objet d'avertir tous ceux qui peuvent y avoir intérêt que le patrimoine de celui avec qui ils vont traiter est déjà absorbé, en tout ou en partie, par des inscriptions hypothécaires. Dans ce système, tous les intérêts sont sauvegardés par la publicité; tandis que, en restreignant le bienfait de la publicité aux tiers acquéreurs et créanciers hypothécaires, on limite la publicité et on la mutile. Seulement nous doutons que cet esprit de publicité ait été celui des auteurs du code civil; dans le système du code, les créanciers chirographaires étaient sans garantie contre les actes de disposition faits par le débiteur, ils n'avaient d'autre garantie que l'action paulienne. C'est la loi belge qui a inauguré la vraie publicité, en l'étendant à tous les actes qui concernent la situation hypothécaire du débiteur, et en posant comme principe que tout *tiers* (article 1er) peut se prévaloir du défaut de publicité. C'est ce principe, établi par notre loi, qui est la base du système de publicité hypothécaire; il comprend virtuellement la publicité des hypothèques, aussi bien que la publicité des autres droits réels immobiliers; il n'y a que le mode de publicité qui diffère; mais peu importe, au point de vue du principe, que la publicité se fasse par voie de transcription ou d'inscription, les effets doivent être les mêmes, parce que le but est identique. L'interprétation que la cour de cassation a donnée au code civil a reçu une sanction législative par l'article 1er de la loi belge. Et cependant l'interprétation de cette disposition est controversée; on a essayé et on essaye encore d'exclure les créanciers chirographaires du bienfait de la publicité; c'est vouloir restreindre la large publicité de la loi belge par la publicité imparfaite et étroite du code civil. Notre cour de cassation a interprété la loi d'après son véritable esprit, et sa jurisprudence, plus solide que celle de la cour de cassation de France, dans notre débat, s'appuie sur une base inébranlable, celle des textes et de la tradition nationale.

552. Il y a encore une question sur laquelle l'opinion généralement suivie nous laisse des doutes. On demande si celui qui aurait connaissance de l'hypothèque non inscrite peut se prévaloir du défaut d'inscription? Tous les

auteurs se prononcent pour la négative, et la jurisprudence est dans le même sens, sauf un arrêt de la cour de cassation de France, sur le sens duquel il y a controverse (1). Nous préférons l'opinion contraire, que la jurisprudence a repoussée. Quel est le but de la publicité? La cour de cassation vient de nous le dire : c'est d'avertir les tiers de l'existence des charges hypothécaires qui grèvent les biens de celui avec lequel ils se proposent de traiter. Les tiers peuvent opposer le défaut d'inscription, parce que l'hypothèque non rendue publique les a induits en erreur et leur a causé préjudice. Or, de quoi se plaindraient-ils quand, en contractant, ils ont connaissance des charges? Diront-ils qu'ils ne sont pas avertis, alors qu'en réalité ils ont traité en connaissance de cause? Il y a quelque chose de contradictoire et de peu loyal dans leur opposition. Dans l'espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, le créancier inscrit prétendait primer le créancier non inscrit; rien de plus juste que cette prétention s'il avait stipulé son hypothèque, dans l'ignorance de celle qui avait été constituée; mais, loin de l'ignorer, il en avait rédigé l'acte comme clerc. Il était donc pleinement informé, et sa défense consistait à dire qu'il ne l'était pas. Légalement il ne l'était pas, puisque l'hypothèque n'avait pas été rendue publique par la voie de l'inscription; mais, de fait, il connaissait l'existence de l'hypothèque aussi bien que si elle avait été inscrite (2).

Nous comprenons que les auteurs français soutiennent l'opinion rigoureuse qui l'a emporté dans la jurisprudences; il n'y a aucun précédent législatif qui mette la connaissance de fait sur la même ligne que la publicité légale. Mais dans notre législation ce précédent existe, il se trouve dans le texte de notre loi hypothécaire; c'est l'article 1er qui pose le principe fondamental de la publicité; ce même article ne permet pas aux tiers qui connaissent les actes non rendus publics par la voie légale d'opposer le défaut de publicité. Il est vrai que l'article ne parle que des actes soumis à

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 287, note 9, § 267. Pont, t. II, p. 169, n° 728. Martou, t. III, p. 128, n° 1029.
(2) Rejet, 7 décembre 1831 (Dalloz, au mot *Privilèges*, n° 1371).

la transcription, c'est-à-dire des actes translatifs de droits réels immobiliers; mais le principe comprend virtuellement les hypothèques, qui sont aussi des droits réels immobiliers; la seule différence que la loi établisse entre les hypothèques et les autres droits réels, c'est que les premières sont rendues publiques par l'inscription, tandis que les autres sont rendus publics par la transcription; mais cette différence dans le mode de publicité ne touche en rien au principe; les motifs pour lesquels les tiers ne peuvent pas se prévaloir du défaut de publicité quand ils ont connaissance des actes non rendus publics, sont les mêmes dans tous les cas où la loi prescrit la publicité, peu importe qu'il s'agisse d'actes soumis à l'inscription ou d'actes soumis à la transcription; le principe est identique, il doit donc toujours recevoir son application.

553. Le débiteur peut-il se prévaloir du défaut d'inscription? Sur ce point il ne saurait y avoir de doute. D'abord on peut dire, dans notre opinion (n° 552), que le débiteur ayant connaissance de l'hypothèque qu'il a concédée, il ne peut jamais prétexter l'ignorance; de sa part il y aurait mauvaise foi à invoquer le défaut de publicité, puisque, en opposant la nullité de l'inscription, il priverait le créancier de la garantie hypothécaire qu'il s'est obligé de lui fournir. Mais, dans l'opinion générale, ce ne serait pas là un motif déterminant. Il y en a un autre, c'est que la publicité n'est pas établie comme une condition d'existence ou de validité de l'hypothèque (n° 546); elle a pour objet unique de prévenir les tiers que les immeubles du débiteur sont déjà grevés de charges hypothécaires. Les tiers seuls peuvent se prévaloir de ce que la publicité, exigée dans leur seul intérêt, n'a pas été accomplie (1).

De là suit que le débiteur ne peut pas demander la radiation de l'inscription par le motif qu'elle serait vicieuse ou incomplète. Il est sans droit et sans intérêt : sans droit, puisque l'inscription lui est étrangère, il n'est pas un tiers : sans intérêt, car vainement l'inscription serait-elle radiée, il n'en resterait pas moins tenu de la garantie hypothé-

(1) Pont, t. II, p. 172, n° 730. Martou, t. III, p. 129, n° 1030. Aubry et Rau, t. III, p. 286, note 4, § 267.

caire (1). Il en serait de même si le créancier avait négligé de renouveler l'inscription; le débiteur ne peut pas se prévaloir de la péremption. C'est ce que la cour de cassation a jugé dans l'espèce suivante. Constitution d'une rente viagère avec affectation hypothécaire. Le débirentier vend l'immeuble hypothéqué sans faire connaître à l'acquéreur l'existence de la rente viagère. Le crédirentier, qui avait négligé de renouveler l'inscription, demanda la résiliation du contrat, en se fondant sur ce que les sûretés promises par le contrat étaient diminuées. Il y avait un motif de douter : si les sûretés étaient diminuées, c'était par le fait du crédirentier qui avait négligé de renouveler l'inscription. La cour de Bordeaux rejeta, en conséquence, la demande en résiliation. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de cassation. La cour pose en principe que l'hypothèque existe à l'égard du débiteur par la seule force du contrat; elle n'a pas besoin, pour être valable et produire son effet contre lui, d'être inscrite, l'inscription n'étant exigée que pour fixer le rang entre les créanciers. De là la cour tire la conséquence que le débiteur ne peut pas objecter au créancier qui exerce son droit hypothécaire contre lui seul, qu'il n'a pas pris inscription, ou que celle qu'il a prise est périmée. Or, dans l'espèce, le débat existait entre le débiteur et le créancier; l'arrêt attaqué avait donc violé la loi en accueillant la défense d'un débiteur, fondée sur le défaut d'inscription ou de renouvellement; le créancier était négligent, à la vérité, mais le débiteur n'était pas en droit de lui reprocher cette négligence (2).

554. On voit que l'hypothèque, quoique non inscrite, produit des effets entre le créancier et le débiteur. Par application du même principe, il faut décider que le créancier hypothécaire peut exercer son droit contre les héritiers du débiteur, indépendamment de toute inscription. Voici l'intérêt de la question. Dette hypothécaire de 12,000 francs et trois héritiers; chacun n'est débiteur personnel que de sa part, que nous supposons être d'un tiers; le créancier

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 286, note 5, et les autorités qu'ils citent.
(2) Cassation, 16 avril 1839 (Dalloz, au mot *Priviléges*, n° 1464).

poursuit l'un des héritiers détenteur de l'immeuble hypothéqué; celui-ci peut-il opposer au créancier le défaut d'inscription de l'hypothèque? Il est certain qu'il ne le peut pas pour sa part héréditaire, puisque, pour cette part, il continue la personne du débiteur. Mais le peut-il pour les deux tiers de la dette dont il n'est pas débiteur personnel? L'affirmative est enseignée (1); elle est douteuse. Il s'agit de savoir si l'héritier poursuivi pour la totalité de la dette peut opposer au créancier la division qui s'est opérée entre les successibles : est-il débiteur personnel de toute la dette, comme successeur du débiteur? Nous examinerons la question de principe, en traitant du droit de suite. A notre avis, l'héritier qui paye sa part dans la dette cesse d'être débiteur personnel, il devient tiers détenteur; or, comme tiers détenteur, il peut opposer le défaut d'inscription.

555. Faut-il appliquer le principe au cessionnaire du débiteur? La cour de cassation l'a fait dans l'espèce suivante. Concession d'une hypothèque; le débiteur vend l'immeuble hypothéqué à son frère, et se fait concéder une hypothèque avant l'inscription de la première hypothèque par lui constituée, puis il cède son hypothèque. Un ordre s'ouvre. Le cessionnaire de l'hypothèque inscrite en premier lieu demande à être colloqué avant le créancier inscrit après lui, mais pour une hypothèque antérieure. Sa prétention a été repoussée par la cour d'Agen et par la cour de cassation. Si le cédant s'était présenté à l'ordre, il n'aurait pas pu opposer le défaut d'inscription de l'hypothèque par lui consentie, et par conséquent il aurait été primé par le créancier à qui il avait concédé l'hypothèque, quoique celui-ci fût inscrit après lui. La question était de savoir si son cessionnaire était soumis à la même obligation. Il nous semble qu'il suffit de poser la question pour la résoudre dans un sens contraire à celui que la cour de cassation a admis. Si le débiteur ne peut pas opposer le défaut d'inscription, c'est qu'il est personnellement obligé à fournir la garantie hypothécaire, et il ne peut pas, contre son engagement, attaquer le droit de son créancier; mais

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 286, note 8, § 267.

cet engagement lui est personnel, il ne passe pas à un cessionnaire qui est un ayant cause à titre particulier, et par conséquent un tiers. La cour de cassation invoque un autre principe, c'est que le débiteur ne peut pas céder plus de droits qu'il n'en a lui-même. Cela est très-vrai quand il s'agit d'un droit réel, mais cela n'est pas vrai pour les droits d'obligation; or, dans l'espèce, il s'agit d'une obligation; quant à l'hypothèque que le débiteur avait cédée, elle était parfaitement valable, quoique non inscrite, puisque l'inscription n'est pas requise pour la validité de l'hypothèque. En l'inscrivant, le cessionnaire acquérait le premier rang, il devait aussi l'obtenir par l'inscription que le cédant avait prise; le débiteur seul ne pouvait pas s'en prévaloir contre son créancier; or, le cessionnaire n'est pas le représentant du cédant (1).

(1) Rejet, 24 juillet 1855 (Dalloz, 1855, 1, 396). Comparez la critique de Martou, t. III, p. 129, n° 1030.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE XIX (titre XVIII du code civil). — Des priviléges et hypothèques (suite).

CHAPITRE II. — Des priviléges (suite).

Section I. — *Des priviléges sur les immeubles.*

N° 3. Sur quoi porte le privilége.

§ II. *Privilége du copermutant.*

§ III. *Privilége du donateur.*

§ IV. *Privilége des copartageants.*

§ V. *Privilége de l'architecte.*

ARTICLE 2. Du rang des priviléges immobiliers.

ARTICLE 3. Comment se conservent les priviléges immobiliers.

§ I[er]. *Notions générales.*

§ II. *Des priviléges qui se conservent par la transcription.*

§ III. *But et effet de la transcription comme moyen de conserver les priviléges.*

§ IV. *Application du principe aux priviléges qui naissent d'un acte translatif de propriété.*

§ V. *Application du principe aux priviléges qui naissent du partage.*

N° 1. De la conservation du privilége quand le partage est transcrit.

N° 2. Du privilége des copartageants quand le partage n'est pas transcrit.

§ VI. *De l'inscription d'office.*

§ VII. *Du privilége de l'architecte.*

N° 1. Conditions requises pour la conservation du privilége.

N° 2. Que devient le privilége quand les conditions prescrites pour sa conservation n'ont pas été remplies?

No 2. De l'indivisibilité de l'hypothèque.

I. *Principes généraux.*

II. *Concours d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale.*

§ II. *Division des hypothèques.*

§ III. *Quels biens peuvent être hypothéqués.*

ARTICLE 1er. Les immeubles.

No 1. Des immeubles par leur nature.

N° 2. Des immeubles par destination.

N° 3. Des améliorations.

ARTICLE 2. Les droits réels immobiliers.

§ IV. *Effets de l'hypothèque sur les droits du propriétaire.*

N° 1. Principe.

N° 2. Des actes de disposition.

§ II. *Des créances garanties par l'hypothèque.*

§ III. *Des biens grevés de l'hypothèque. Spécialisation.*

N° 1. Par qui et quand l'hypothèque légale est-elle spécialisée?

N° 2. De la délibération du conseil de famille.

N° 3. Spécialisation de l'hypothèque légale.

N° 3. De la réduction de l'inscription.

§ IV. *De la preuve des droits garantis par l'hypothèque.*

ARTICLE 4. Hypothèque légale de l'Etat, des provinces, des communes et des établissements publics.

SECTION III. — *Des hypothèques conventionnelles.*

§ Ier. *Définition.*

§ II. *Solennité.*

§ III. *Conséquences de la solennité de l'hypothèque.*

§ IV. *Application du principe.*

§ V. *De la promesse d'hypothèque.*

§ VI. *Des contrats d'hypothèque passés à l'étranger.*

§ VII. *Qui peut consentir une hypothèque?*

N° 1. Il faut être propriétaire.

I. *De l'hypothèque de la chose d'autrui.*

II. *De l'hypothèque consentie par un propriétaire dont le droit est conditionnel ou rescindable.*

FIN DU TOME TRENTIÈME.